
3 1761 09492586 4

OEUVRES DE POTHIER.

NOUVELLE ÉDITION,

ORNÉE DU PORTRAIT DE L'AUTEUR;

PUBLIÉE

PAR M. SIFFREIN.

TOME TREIZIÈME.

A PARIS,
CHEZ L'ÉDITEUR,
RUE SAINT-JEAN-DE-BEAUVAIS, N° I.
M. DCCC. XXIII.

TABLE

DES CHAPITRES, TITRES, SECTIONS, ARTICLES ET PARAGRAPHES CONTENUS DANS LES TRAITÉS DES PROPRES, DES DONATIONS TESTAMENTAIRES, DES DONATIONS ENTRE-VIFS, DES PERSONNES ET DES CHOSES.

TRAITÉ DES PROPRES.

TRAITÉ

DES DONATIONS TESTAMENTAIRES.

CHAPITRE II.

CHAPITRE III.

CHAPITRE IV.

CHAPITRE V.

CHAPITRE VII.

TRAITÉ DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

SECTION III.

TRAITÉ DES PERSONNES ET DES CHOSES.

PREMIÈRE PARTIE.

TITRE PREMIER.

TITRE II.

TITRE III.

TITRE IV.

TITRE V.

TITRE VI.

TITRE VII.

DEUXIÈME PARTIE.

FIN DE LA TABLE.

TRAITÉ
DES PROPRES.

De la division des Biens en acquêts et propres.

L'ESPRIT de notre droit coutumier est que chacun conserve à sa famille les biens qui lui en sont venus : de là est venue la distinction entre les acquêts et propres.

On appelle les acquêts les immeubles qui ne nous viennent point de famille et que nous avons acquis nous-mêmes, soit à titre onéreux, comme par l'achat que nous en avons fait, soit à titre gratuit, comme par la donation ou legs qu'on nous en auroit fait.

Il faut pourtant en excepter ceux qui nous auroient été donnés ou légués par nos pères, mères ou autres ascendans; car ces titres équipollent à celui des successions, et font des propres et non des acquêts, ainsi que nous le verrons plus bas.

Les propres sont ou réels ou fictifs, légaux ou conventionnels. Nous traiterons séparément de ces trois différentes espèces.

SECTION PREMIÈRE.

Des propres réels.

ARTICLE PREMIER.

Qu'est-ce qu'un propre? Division, et quelles choses sont susceptibles de cette qualité.

§. I. Qu'est-ce qu'un propre réel?

Le terme de *propre* se prend différemment dans notre droit, selon les différentes matières. En matière de communauté de biens entre mari et femme, on appelle *propre* tout ce qui n'entre point en communauté : c'est pourquoi les acquêts que chacun des conjoints a faits auparavant le mariage sont appelés *propres de communauté*, parce qu'ils n'y entrent pas.

Ce n'est point de cette espèce de propres dont nous entendons parler ici. Nous en avons déjà parlé dans notre traité de communauté.

En matière de succession, de donation, de testament, de retrait lignager, on appelle *propres* les immeubles qui nous sont échus de la succession de quelques-uns de nos parens.

§. II. Division des propres.

On divise les propres réels en naissans et avitins, en propres de côté et ligne, et propres sans ligne.

Les propres naissans sont les héritages qui nous sont transmis par la succession de quelqu'un de nos parens qui les avoit acquis. Par exemple, si j'ai succédé à mon père à un héritage que mon père avoit acquis, cet héritage sera en ma personne un propre naissant paternel.

Les propres avitins ou anciens sont ceux qui m'ont été transmis par la succession d'un parent à qui ils avoient été transmis pareillement par succession. Par exemple, l'héritage que j'ai eu de la succession de mon père, qui l'avoit eu lui-même de la succession du sien, est un propre avitin.

Les propres de côté et ligne sont ceux qui sont affectés aux parens d'un seul côté. Par exemple, ceux qui me viennent de la succession de mon père ou de quelque parent paternel, sont

propres du côté paternel, parce qu'ils sont affectés aux seuls parens de ce côté.

On appelle *propres sans ligne* les propres naissans qui me viennent de la succession d'une personne qui m'étoit parente tant du côté de mon père que du côté de ma mère, par exemple, de la succession de mon fils, qui les avoit acquis de mon frère germain. Ils sont appelés *sans ligne*, parce qu'ils ne sont pas plus affectés à une ligne qu'à l'autre, à un côté qu'à l'autre, puisqu'ils procèdent d'un parent qui m'étoit parent de deux côtés.

§. III. Quelles choses sont susceptibles de la qualité de *propres*.

Il n'y a que les immeubles qui soient susceptibles de la qualité de propres; les meubles ne le sont pas.

La raison en est que notre droit coutumier ayant inventé la qualité de propres pour conserver les biens dans les familles, il n'a attaché cette qualité qu'aux biens qu'il s'est proposé d'y conserver. Or, en cela, il n'a eu en vue que les immeubles et non les meubles, tant parce que les meubles dont le commerce est trop fréquent ne sont point de nature à être conservés ainsi, que parce que c'étoit dans les héritages que consistoit la fortune des familles du temps de nos ancêtres, et non dans les meubles, qui étoient alors très-peu considérables, et qui, par cette raison, sont très-peu considérés dans toutes les matières du droit coutumier.

Au reste, non-seulement les héritages sont susceptibles de cette qualité; les immeubles fictifs, tels que sont les rentes et les offices, le sont aussi; car cette espèce de biens, dans lesquels consiste aujourd'hui la fortune d'une grande quantité de familles, ayant été mise par cette raison au rang des immeubles, c'étoit une conséquence de leur attribuer toutes les qualités dont les immeubles sont susceptibles.

ARTICLE II.

Quel genre de successions fait des propres.

Toute succession de nos parens fait des propres, soit que ce soit une succession en ligne directe, ascendante ou descendante, soit qu'elle soit en collatérale.

Renusson en excepte mal à propos les héritages que nous avons donnés à l'enfant auquel nous succédons, parce que,

dit-il, ces héritages retournent plutôt *jure reversionis quàm jure hæreditario*. En cela, il se trompe. Le droit de reversion n'a lieu que dans le pays de droit écrit, où il ne peut y avoir lieu à la question, n'y ayant point de propres en pays de droit écrit. Quant aux pays coutumiers, il est faux que les héritages donnés par les ascendans leur retournent à la mort de leur enfant *jure reversionis*, ce droit étant fondé sur des principes inconnus dans le droit coutumier. C'est vraiment à titre de succession qu'ils leur retournent. Les termes de la Coutume sont formels; car, après avoir dit que propre ne remonte aux père, mère ou autres ascendans, art. 314, elle ajoute en l'article suivant : Toutefois, succèdent ès choses par eux données. C'est donc vraiment à titre de succession que les ascendans succèdent à leurs enfans aux héritages qu'ils leur ont donnés, et par conséquent ces héritages leur sont propres, puisque c'est une règle générale que tout ce qui nous avient à titre de succession de nos parens nous est propre.

Il en est autrement de la succession de l'un des deux conjoints par mariage auquel le survivant succède à défaut de parens, suivant l'édit *undè vir et uxor*, que nous avons adopté en France. Les héritages qui lui sont échus par cette succession ne font point des propres; car il n'y a de propres que les immeubles qui nous viennent de la succession de nos parens.

Que si quelques coutumes ont défini les propres les héritages que nous possédons à titre successif, sans ajouter de nos parens, c'est que les successions se font à titre de parenté, et que, selon la coutume des jurisconsultes, les définitions ne se font que sur ce qui est ordinaire.

Mais pourquoi les successions *undè vir et uxor* ne feroient-elles pas des propres aussi bien que les autres successions? La raison en est évidente; la loi ne donne la qualité de propres aux héritages qui nous viennent de succession, que pour que nous les conservions aux côté et ligne de notre famille d'où ils nous sont venus. Or, cette raison ne se rencontre plus dans cette succession. C'est un étranger qui succède à défaut de parens du défunt. Il n'y a plus par conséquent de famille du côté d'où l'héritage est venu, à qui il puisse être conservé; et par conséquent, en vain lui donneroit-on la qualité de propre. Renusson, qui soutient contre notre sentiment que cet héritage est propre, convient qu'il n'est pas propre de succession, par

la raison que nous venons de dire; mais il prétend qu'il est propre de disposition. Cet auteur n'a pas réfléchi lorsqu'il a écrit cela ; car un héritage n'est propre de disposition qu'en faveur de nos héritiers de la famille dont il nous est venu ; les portions dont les coutumes défendent de disposer, sont appelées *réserves coutumières*, parce que les coutumes les réservent aux héritiers de la famille. N'y ayant dans notre espèce aucun héritier de la famille, ces héritages ne peuvent pas plus être propres de disposition que de succession.

Nous disons que l'héritage auquel j'ai succédé à ma femme, suivant l'édit *undè vir et uxor*, ne peut être considéré comme propre, parce qu'il ne reste plus personne de la famille de ma femme en faveur de qui la qualité de propre puisse être considérée. En seroit-il de même si j'avois succédé à ma femme en conséquence de la renonciation que ses parens auroient faite à sa succession? Je réponds que ce seroit la même chose; car ces parens de ma femme qui restent, m'étant absolument étrangers, ne peuvent être mes héritiers à cet héritage qui m'est venu de ma femme.

La succession d'un propre est déférée aux parens du défunt de la famille d'où lui est venu ce propre, préférablement à tous ses autres parens, quoique plus proches; mais elle ne peut être déférée à des personnes qui ne sont point en tout parentes du défunt. Mais, dira-t-on, ne peut-il pas se faire que ces parens de ma femme soient aussi les miens? Oui, mais ce ne peut être que par une parenté différente de celle dont ils touchoient ma femme; car, puisque je n'étais pas parent de ma femme, ne lui ayant succédé que par l'édit *undè vir et uxor*, ils ne peuvent pas m'être parens par la même parenté dont ils touchoient ma femme. Cela présupposé, il est évident qu'ils ne peuvent prétendre succéder comme à un propre à l'héritage qui m'est venu de la succession de ma femme. Ils ne peuvent, en vertu de la parenté dont ils me touchent, y succéder que comme à un acquêt, puisque, par cette parenté, ils ne touchent point ma femme, de qui l'héritage m'est venu. Ils ne peuvent y succéder du tout en vertu de la parenté dont ils touchent ma femme, puisque cette parenté ne les rend point mes parens.

Si la succession *undè vir et uxor* ne fait que des acquêts, parce que cette succession n'avient pas à titre de parenté, à plus forte raison la succession à titre de déshérence ne fait-

elle que des acquêts. Cette succession n'est pas même une vraie succession. Le seigneur qui succède par déshérence, ne succède point *in jus defuncti*, mais *in bona vacantia*, par ce droit qu'ont les seigneurs de justice de s'approprier les choses qui se trouvent dans le territoire de leur justice n'avoir point de maître.

Cela pourroit peut-être souffrir quelque difficulté, lorsque le seigneur de la justice, qui succède par déshérence, est en même temps seigneur de fief. On pourroit peut-être dire que l'héritage qui lui arrive par déshérence, se réunissant et consolidant au fief ou à la censive dont il relevoit, doit ensuivre la qualité et être propre, si ce fief ou cette censive étoit un propre de ce seigneur; mais nous verrons, art. 4, que cette union civile ne se faisant que quant à la féodalité, n'empêche pas que le corps d'héritage acquis par le seigneur, ne soit un héritage distinct et séparé de celui dont il relevoit auparavant, et qu'il ne puisse avoir la qualité d'acquêt, quoique l'autre ait celle de propre.

ARTICLE III.

Quels titres équipollent à celui de succession.

§. I. Des donations faites par nos ascendans.

Les donations et les legs qui nous sont faits par nos père et mère ou autres ascendans, sont des titres équipollens au titre de succession, et qui donnent la qualité de propres aux immeubles donnés ou légués, de la même manière que si le donataire les tenoit de la succession du donateur. La raison de cette jurisprudence, qui est certaine, est que, selon la loi naturelle, les ascendans doivent leur succession à leurs descendans. C'est pourquoi, lorsqu'ils leur ont fait des donations entre-vifs, ou legs, ces donations ou ces legs sont considérés comme un acquittement de cette obligation naturelle qu'ils ont contractée de leur laisser leur succession, et par conséquent ces donations sont censées des successions anticipées, et les legs sont censés faits pour tenir lieu de la succession qui étoit due à ces enfans : d'où il suit que ces donations et ces legs sont, en quelque façon, des titres de succession.

La raison pour laquelle les immeubles qui nous aviennent à titre de succession nous sont propres, est qu'ils nous aviennent *jure sanguinis, jure familiæ*. Or, cette raison se rencontre

également dans ce qui nous avient de nos ascendans par donation ou legs; car notre qualité d'enfans est le plus puissant de tous les motifs qui aient pu porter nos ascendans à nous les faire. C'est donc en cette qualité d'enfans, *jure sanguinis, jure familiæ,* que nous tenons ce qui nous a été ainsi donné. Et par conséquent, ce qui nous a été ainsi donné mérite également la qualité de propre, comme si nous le tenions à titre de succession.

Ce qui nous a été donné par nos ascendans nous est propre, non-seulement dans le cas où nous accepterions par la suite leur succession, mais encore dans le cas où nous y renoncerions; car ce qui nous a été donné nous en tient lieu.

Il y a plus : ce qui nous a été donné par nos ascendans nous est propre, quand même nous ne serions pas leurs héritiers présomptifs. Par exemple, ce qu'un aïeul donne aux enfans de son fils leur est-il propre? La raison de douter est qu'il semble qu'on ne puisse dire que j'aie ces choses en avancement d'une succession, ou pour me tenir lieu d'une succession à laquelle je ne suis point appelé. La raison de décider est que le vœu de la nature étant que nos biens passent à toute notre postérité, il est vrai de dire que la succession des biens de cet aïeul, non pas à la vérité immédiate, mais médiate, est due à ses petits-enfans, qui, selon le cours ordinaire et le vœu de la nature, doivent un jour lui succéder, quoique par le canal de leur père qui les précède. Lors donc que leur aïeul leur donne ces biens, il ne fait qu'accélérer le temps auquel ils doivent un jour y succéder; il ne fait que sauter par-dessus le canal par lequel ils doivent un jour leur passer; et par conséquent, il est vrai de dire, même en ce cas, que la donation faite à ces petits-enfans est une succession anticipée, qui doit donner la qualité de propres aux immeubles qui leur parviennent à ce titre.

Il y a des coutumes où le fils aîné est seul héritier. Ce qui est donné dans ces coutumes aux puînés leur est-il propre? La raison de douter est qu'il semble qu'on ne puisse dire que la donation qui leur est faite soit en avancement de succession, puisque, dans ces coutumes, ils ne sont pas habiles à succéder à ces biens, ni immédiatement, ni même médiatement. Sur ces raisons, il a été jugé, par un arrêt rapporté par Bouguier, qu'une donation faite à un enfant puîné, dans la coutume de Ponthieu, n'avoit fait que des acquêts. La raison de décider au

contraire qu'une telle donation fait des propres, est que, si les puînés ne sont pas capables, dans ces coutumes, du titre civil d'héritiers, qui est réservé au seul fils aîné, ils sont au moins capables d'une espèce de succession naturelle d'une portion des biens de leur père; les donations qui leur sont faites sont censées faites en avancement et en acquit de cette succession naturelle, ce qui suffit pour que ce qui leur revient à ce titre soit propre. Les coutumes d'Anjou et du Maine, art. 250 et 268, en ont des dispositions formelles.

Pour qu'un immeuble soit censé nous être avenu par donation de nos ascendans, et en conséquence soit propre, il faut que ce soit l'immeuble lui-même qui nous ait été donné. C'est pourquoi si mon père acquiert en mon nom un héritage, et qu'il le paie de ses deniers avec déclaration expresse qu'il n'entend point répéter contre moi l'héritage, il sera acquêt et non propre; car cet héritage ne m'a point été donné par mon père, à qui il n'a jamais appartenu; il ne m'a donné que les deniers pour acquérir la chose, et non la chose même. Je tiens l'héritage non de lui, mais de l'étranger qui l'a vendu.

Si mon père a acquis un héritage en mon nom, et qu'ensuite il m'en fasse donation, cet héritage sera-t-il propre? Renusson décide indistinctement qu'oui, et rapporte un arrêt. Je pense qu'il faut ainsi distinguer : Si je n'avois point accepté l'acquisition que mon père en a faite en mon nom, ou même que j'eusse refusé expressément de la ratifier, comme en ce cas cette acquisition reste pour le compte de mon père, la donation que mon père m'en a faite depuis est valable. C'est en vertu de cette donation que je deviens propriétaire de cet héritage, et par conséquent il m'est propre. C'est apparemment dans cette espèce que l'arrêt cité par Renusson a été rendu; mais si j'avois ratifié l'acquisition qui en a été faite en mon nom, ayant par cette ratification acquis la propriété de cet héritage, la donation que mon père m'en feroit par la suite ne seroit pas valable, puisqu'on ne peut pas valablement donner à quelqu'un ce qui lui appartient déjà. Cet héritage, en ce cas, ne m'appartiendroit donc point en vertu de la donation qui m'en auroit été faite par mon père, mais en vertu de l'acquisition qui en auroit été faite en mon nom, et par conséquent il sera acquêt.

Quid, si je ne m'étois point expliqué si j'agréois ou non cette acquisition faite en mon nom? En ce cas, la donation

que j'accepterois supposeroit en moi la volonté de ne pas acquérir la chose en vertu de l'achat que mon père en auroit fait en mon nom, et dans mon père celle de prendre à mon refus cet achat pour son compte : en conséquence, j'aurois cet héritage en vertu de cette donation, et il me seroit propre.

Ne supposons plus que mon père, qui a acquis cet héritage en mon nom, me l'ait donné depuis ; mais supposons qu'il est mort avant que je me sois expliqué si je ratifiois cette acquisition. Cet héritage sera-t-il censé m'appartenir en vertu de cette acquisition, ou à titre de succession de mon père, duquel je suppose encore que j'aie été seul héritier ? Il me paroît qu'il faut faire cette distinction : Si mon père, lorsqu'il a fait cette acquisition en mon nom, avoit qualité pour la faire, comme s'il étoit mon tuteur. En ce cas, ce qu'il acquiert en mon nom m'étant acquis de plein droit, et sans qu'il soit besoin d'acceptation, comme si je l'avois acquis moi-même, le fait du tuteur étant, à cet égard, le fait du mineur, cet héritage sera censé m'appartenir en vertu de cette acquisition, et non à titre de succession de mon père, et par conséquent, me sera acquêt. Que si mon père a fait cette acquisition en mon nom, sans avoir aucune qualité et comme un simple *negotiorum gestor*, comme, en ce cas, je ne peux acquérir la propriété de cet héritage, ainsi acquis en mon nom, que par la ratification que je ferois de cette acquisition, étant devenu héritier de mon père avant d'avoir fait cette ratification, et par conséquent, avant d'avoir acquis cet héritage, je le trouve en la succession, et je suis censé par conséquent l'avoir à titre de succession.

Venons actuellement au cas où j'aurois partagé avec d'autres cohéritiers la succession de mon père. En ce cas le partage fera connoître si j'ai cet héritage en vertu de l'acquisition qui en a été faite en mon nom ou à titre de succession de mon père ; car si cet héritage n'a point été employé dans la masse des biens de mon père, et qu'on y ait seulement employé le prix que mon père a fourni pour cette acquisition, je serai censé avoir cet héritage en vertu de cette acquisition que mon père en auroit faite comme un simple *negotiorum gestor*, quand je ne l'aurois pas ratifiée de son vivant ; car la ratification que j'en fais depuis sa mort, en empêchant que cet héritage ne soit compris en la masse de ses biens, a un effet ré-

troactif au temps de l'acquisition, et empêche que cet héritage soit censé dépendre de la succession de mon père.

Que si au contraire cet héritage a été mis dans la masse de la succession de mon père, et qu'il soit échu dans mon lot de partage, en ce cas je l'aurai à titre de succession, nonobstant l'acquisition qui en a été faite en mon nom; car un héritage acquis par mon tuteur en mon nom est bien censé m'appartenir tant que je ne réfute pas l'acquisition; mais lorsque je la réfute et que l'on acquiesce à ma réfutation, il est censé ne m'avoir jamais appartenu. Or, la masse des biens de mon père, dans laquelle mes frères et moi l'avons comprise, suppose en moi la volonté de réfuter cette acquisition, et dans mes cohéritiers celle d'acquiescer à ma réfutation, et de laisser l'acquisition pour le compte de la succession de mon père.

Ce qui nous est donné par nos ascendans nous est propre; mais il en est autrement des immeubles que nous acquérons d'eux à titre de commerce. Il n'est pas douteux que ce que mon père me vend ou me donne en paiement de ce qu'il me doit, m'est acquêt comme si je l'acquérois d'un étranger.

Cela a lieu quand même mon titre d'acquisition seroit qualifié de donation; car si mon père me donne en récompense des services que je lui ai rendus, qui sont appréciables à prix d'argent et qui égalent la valeur de l'héritage, une telle donation n'étant donation que *nomine tenus*, et étant *in rei veritate* une vraie vente, l'héritage que j'acquiers de mon père à ce titre m'est acquêt.

Quid, si les services ou les charges n'égaloient pas la valeur de l'héritage? Je pense qu'en ce cas l'héritage seroit acquêt, seulement jusqu'à concurrence des services ou des charges, et que l'héritage étant censé donné pour le surplus, seroit propre pour le surplus.

Il en seroit autrement si mon père m'avoit vendu cet héritage au-dessous de sa valeur; l'héritage me seroit entièrement acquêt. La raison de différence est que, dans l'espèce précédente, l'intention de mon père est de me faire une donation de l'héritage pour ce qu'il excède la valeur des services qu'il m'a payés ou des charges qu'il m'impose; que l'acte est une donation pour cet excédent: mais dans l'espèce présente, il n'a d'autre intention que de me faire une vente, à vil prix à la vérité; mais une vente, quoiqu'elle soit faite à vil prix, n'est pas pour cela autre chose qu'une vente, n'étant pas de l'es-

sence de la vente que le prix soit précisément le juste prix de la chose vendue. Le contrat étant donc une pure vente, l'héritage que j'acquiers à ce titre ne peut être autre chose qu'acquêt.

Il est vrai que si j'avois des cohéritiers venant avec moi à la succession de mon père, ils pourroient attaquer cette vente qui m'a été faite à vil prix, et la faire déclarer avantage indirect et donation simulée faite sous le nom de *vente;* mais il n'y a qu'eux qui soient recevables à cela : c'est pourquoi, si je n'ai point de cohéritiers, ou qu'ils ne se soient pas plaints, cette vente qui m'a été faite subsistant, l'héritage que j'ai acquis à ce titre ne peut passer que pour un acquêt en ma personne.

Lorsque nous disons qu'une donation est censée vente, et faire des acquêts jusqu'à concurrence des charges appréciables à prix d'argent qui sont imposées par la donation, nous entendons parler des charges extrinsèques aux choses données. A l'égard des charges qui sont charges de la chose même, une donation, pour être faite à ces charges, n'en est pas pour cela réputée onéreuse; c'est seulement donner les choses telles qu'elles sont.

Suivant ces principes, si mon père m'a donné un héritage à la charge d'une rente foncière dont il est chargé, quelque forte que soit cette rente, la donation n'est point pour cela censée onéreuse : c'est une pure donation qui m'est faite de cet héritage, lequel me sera propre en entier.

Par la même raison, si mon père me fait donation de ses biens à la charge de payer ses dettes, quand même ces dettes égaleroient l'actif, cette donation n'est point réputée onéreuse, et les biens que j'aurai à ce titre me seront propres, parce que la charge des dettes est une charge de la chose qui m'est donnée, les biens renfermant en soi la charge des dettes.

Il en seroit autrement si mon père m'avoit donné la moitié de ses biens à la charge de payer le total de ses dettes : la moitié des biens qui m'est donnée n'étant par elle-même chargée que de la moitié des dettes, l'autre moitié dont on me charge, étant extrinsèque à la chose donnée, rend la donation onéreuse jusqu'à la concurrence de cette autre moitié des dettes; et par conséquent, les biens compris dans cette donation me seront acquêts jusqu'à cette concurrence.

Que s'il m'avoit donné des corps certains, par exemple, une

certaine terre, à la charge de payer ses dettes, quand même cette terre feroit la portion la plus considérable de ses biens, la charge des dettes n'étant pas charge des corps certains, cette charge des dettes est entièrement extrinsèque à la chose donnée, et par conséquent rend la donation onéreuse jusqu'à la concurrence de la quantité de toutes les dettes dont on m'a chargé.

Lorsqu'un père donne à son fils un héritage à la place d'une somme d'argent qu'il lui avoit promise en dot, il semble que ce soit une donation en paiement, et par conséquent un titre équipollent à vente qui doit faire un acquêt, *nam dare in solutum est vendere*. Mais la disposition de l'article 126 de la coutume de Paris, formée sur la jurisprudence qui avoit dès lors prévalu, en décidant qu'il n'est point dû de profit en ce cas, nous insinue assez ouvertement que cet acte ne doit point être regardé comme une vente, mais comme un acte par lequel l'héritage est substitué à la place de la somme d'argent que le père avoit d'abord entendu donner, et qu'ainsi cet héritage doit être censé avenir à l'enfant à titre de donation, et par conséquent être propre.

Que si mon père m'a donné en dot 10,000 livres dont il me constitue une rente de 500 livres au capital de 10,000 livres, cette rente est certainement un acquêt, puisqu'elle n'a commencé à exister qu'en ma personne.

§. II. Si la donation faite aux héritiers présomptifs en ligne ascendante ou collatérale fait des propres.

Les coutumes ont différentes dispositions sur cette question. Celles d'Anjou et du Maine disent en général que le don d'héritages fait à l'héritier présomptif, est réputé en avancement de succession, et non pas acquêt.

Les coutumes de Paris, *art.* 246, et d'Orléans, *art.* 21, décident assez ouvertement le contraire. Ces coutumes font entrer en communauté tout ce qui est donné à l'un des conjoints pendant le mariage, fors en ligne directe. D'où il suit que, puisqu'elles n'exceptent que la ligne directe, tout ce qui avient à titre de donation en ligne collatérale, sans distinguer si le donataire est ou n'est pas héritier présomptif du donateur, est acquêt, puisqu'il n'y a que les acquêts qui tombent en communauté.

Que doit-on décider dans les coutumes qui n'ont à ce sujet

aucune disposition? La jurisprudence est aujourd'hui constante que la donation faite à l'héritier présomptif en collatérale ne fait que des acquêts. La raison en est qu'il n'y a d'obligation naturelle de laisser ses biens qu'à ses enfans : nous ne les devons point à nos collatéraux. Les donations que nous leur faisons ne peuvent donc point être regardées comme l'acquittement anticipé de la dette de notre succession. Ce sont de pures donations qui ne font par conséquent que des acquêts, suivant la maxime : *Il n'est si bel acquêt que don.*

Cela a lieu quand même le contrat de donation porteroit expressément qu'elle est faite à cet héritier présomptif en avancement de succession : car étant impossible *per rerum naturam* d'avancer le paiement de ce qu'on ne doit pas, il est impossible qu'une telle donation soit en avancement de succession, et les termes dont on s'est servi dans l'acte ne peuvent pas lui donner une qualité qu'elle ne peut avoir.

Quid, de la clause que l'héritage donné sera propre au donataire, comme il l'auroit été, s'il eût succédé? *Voyez* cette question *in fin. sect.* 3.

Les raisons que nous venons de rapporter paroissent concluantes pour décider que la donation que je fais de mes acquêts à mon héritier présomptif en collatérale, ne peut être regardée comme un avancement de ma succession; qu'effectivement nous ne devons en aucune manière nos acquêts à nos collatéraux. Mais a-t-on eu raison de décider la même chose à l'égard de la donation que je fais de mes propres à mon héritier présomptif en collatérale? Car ne peut-on pas dire que, suivant l'esprit de notre droit coutumier, nous devons la succession de nos propres à nos parens de la famille d'ou ils procèdent; que c'est sur ce fondement que les coutumes ont établi les légitimes coutumières, qu'ainsi il semble que la donation que nous faisons à notre héritier présomptif des propres, peut fort bien passer pour un avancement de succession, et que les héritages ainsi donnés doivent leur être propres? Ces raisons sont spécieuses. Néanmoins je pense que la jurisprudence a fort bien décidé que la donation que nous faisons même de nos propres à notre héritier présomptif, même en ligne collatérale, n'est point en avancement de succession. Il y a une grande différence entre la dette naturelle de nos biens envers nos enfans, et les légitimes coutumières qui sont dues par la loi municipale à l'héritier aux propres. Nous devons nos biens à nos enfans par

la seule qualité qu'ils ont d'être nos enfans, et nous les leur devons dès notre vivant, quoique la dette ne soit exigible qu'après notre mort, en telle sorte que nous ne pouvons, sans manquer aux devoirs naturels, les en frustrer, en les dissipant de notre vivant. Les donations que nous leur faisons dès notre vivant, sont donc vraiment un paiement avancé et anticipé, et par conséquent une succession anticipée. Il n'en est pas de même de la légitime coutumière; elle est due à l'héritier en sa seule qualité d'héritier; et comme on ne peut avoir cette qualité d'héritier qu'après la mort de celui auquel on succède, on ne peut pas dire, comme dans l'espèce précédente, que lorsque nous donnons nos héritages propres à notre parent collatéral, quoique le plus proche habile à nous succéder, ce soit donation, ce soit un paiement anticipé d'un bien qui lui fût dû, quoique l'échéance de la dette ne fût pas encore venue : car la réserve coutumière dans les propres n'étant point due à raison de la qualité de parent, ni même de plus proche parent, mais à raison de la seule qualité d'héritier, qualité que ce donataire n'a pas, puisque l'on ne peut avoir la qualité de mon héritier qu'après ma mort, qualité qu'il est même incertain s'il l'aura jamais, on ne peut pas dire que les propres que je lui donne soient quelque chose que je lui dusse, et dont je ne fais qu'anticiper le paiement : une telle donation ne peut donc passer, comme dans la précédente espèce, pour un acquittement anticipé de ma succession, pour une succession anticipée; mais c'est une pure donation qui ne fait que des acquêts.

Les héritages donnés par les descendans aux ascendans sont-ils propres dans la coutume de Paris? Renusson pense qu'ils le sont, lorsque les héritages qui leur sont donnés sont des héritages dont ils étoient les héritiers présomptifs. Comment peut-il concilier ce sentiment avec celui embrassé touchant la donation faite à l'héritier présomptif en collatérale qu'il convient ne faire que des acquêts? Nous ne devons pas plus la succession de nos biens à nos ascendans qu'à nos collatéraux, et par conséquent la donation que nous leur faisons de nos biens ne peut pas plus être regardée comme une succession anticipée, que celle faite à nos collatéraux. Il y a plus, la succession des ascendans n'arrivant que contre l'ordre et le vœu de la nature, *turbato mortalitatis ordine*, on ne peut pas regarder les donations faites aux ascendans par leurs descendans, comme l'avan-

cement d'une succession qu'il est contre l'ordre et le vœu de la nature d'attendre.

§. III. Quand le titre de substitution fait-il des propres?

La substitution fidei-commissaire est une disposition testamentaire qu'un testateur fait de ses biens, ou de choses particulières, au profit de quelqu'un, non directement, mais par le canal de son héritier ou d'un premier légataire que le testateur charge de les lui restituer.

Il résulte de cette notion que le substitué tient du testateur les choses comprises en la substitution, et non de la personne grevée de les lui restituer; le titre auquel ces choses aviennent au substitué, est la donation testamentaire qui en est faite à son profit par le testateur. De là il suit que les héritages échus en vertu d'une substitution, seront propres au substitué, si le substitué est un des descendans du testateur, parce qu'en ce cas la substitution est une donation testamentaire faite en directe, laquelle fait des propres. Que si au contraire ce substitué n'est qu'un parent collatéral du testateur, il semble que les héritages qu'il recueillera seront des acquêts, quand même le substitué seroit l'héritier présomptif, ou même l'enfant du grevé de substitution. Car il ne tient pas ces biens de la succession du grevé, dont la mort a fait ouverture à la substitution; il les tient du testateur dont il n'est que parent collatéral. La substitution, qui est son titre, est une donation testamentaire en collatérale, qui ne peut faire que des acquêts. Nonobstant cette raison, qui me paroît décisive, Renusson pense que si le testateur, en appelant à la substitution la famille du grevé, a suivi l'ordre des successions, l'héritage sera propre à ceux qui recueilleront la substitution. Ses raisons sont que la substitution étant faite dans la vue d'assurer davantage à la famille les héritages substitués, elle ne doit pas avoir un effet contraire à cette vue, qu'elle auroit néanmoins, si elle donnoit à ces héritages, en la personne des substitués, la qualité d'acquêts au lieu de celle de propres, qu'ils auroient eue s'il n'y avoit point eu de substitution, et que les héritiers y eussent succédé au grevé à titre de succession; d'ailleurs que ces substitutions n'étant point faites par aucune considération personnelle des substitués, qui, n'étant point encore nés, n'avoient pu mériter celle des testateurs, mais étant pour la considération générale de la famille, les substitués qui recueilleroient ces biens en

vertu de la substitution, ne les recueilleroient pas tant *merito suo*, ce qui fait le caractère des acquêts, que *jure sanguinis et familiæ*, ce qui fait celui des propres. Renusson rapporte deux arrêts pour ce sentiment.

Lorsque le substitué est héritier du grevé, dont la mort donne ouverture à la substitution, il n'est pas douteux que l'héritage compris en la substitution lui est propre pour la portion dont il est héritier, puisqu'il a cette portion *jure hæreditario*, à titre d'héritier du grevé, dans la succession duquel l'héritage s'est trouvé, et que le droit de créance qu'il avoit en vertu de la substitution contre la succession s'est confus pour cette portion par son addition d'hérédité.

Doit-on dire la même chose, s'il n'étoit qu'héritier sous bénéfice d'inventaire? La raison de douter est que l'héritier sous bénéfice d'inventaire ne confond pas les créances qu'il a contre la succession. La raison de décider est, qu'encore que le bénéfice d'inventaire empêche la confusion du droit de créance qu'il a contre la succession pour raison des choses substituées à son profit, il n'en est pas moins vrai de dire que ces choses s'étant trouvées dans la succession du grevé, il en a été saisi comme héritier pour la part dont il est héritier, et ayant acquis à ce titre d'héritier la propriété de cette part, elle lui est propre. La créance qu'il a de cette chose contre la succession, et dont le bénéfice d'inventaire empêche la confusion, lui donne droit de retenir cette chose; il l'a en vertu de son droit de substitution; mais on ne peut pas dire qu'il l'acquiert en vertu de ce droit, puisqu'il l'avoit acquise à titre d'héritier par la règle *le mort saisit le vif*, et que nous ne pouvons acquérir ce qui est déjà à nous, *quod meum est meum ampliùs fieri non potest, nec ut ex pluribus causis res mihi deberi potest, ita ex pluribus causis mea esse potest.*

Si le grevé de substitution avoit aliéné l'héritage compris en la substitution, et que l'héritier du substitué, suivant le droit introduit par la nouvelle ordonnance de substitution, *t.* 1, *art.* 31, se le fût fait délaisser par le tiers-détenteur, en ce cas, il n'est douteux que l'héritage sera acquêt pour le total; car ne s'étant point trouvé dans la succession du grevé qui l'avoit aliéné de son vivant, on ne peut pas dire que le substitué l'ait à titre de succession de ce grevé; il ne peut en ce cas l'avoir qu'en vertu du seul titre de la substitution, laquelle étant, comme on le suppose, faite au profit du colla-

téral, étant une donation en collatérale, ne peut faire que des acquêts.

§. IV. Si la remise de la confiscation fait des propres ou des acquêts.

Lorsque la remise de la confiscation est faite à la personne même du condamné par des lettres d'abolition qu'il obtient du Roi, il n'y a pas de difficulté que les héritages lui retournent avec la qualité de propres qu'ils avoient avant la confiscation; car les lettres d'abolition ayant détruit et réduit *ad non actum* la sentence de condamnation qui avoit opéré la confiscation, ces lettres ont plutôt fait cesser la cause en vertu de laquelle le condamné avoit perdu ses biens, qu'elles n'ont formé un nouveau titre d'acquisition. Le condamné recouvre ses biens plutôt qu'il ne les acquiert de nouveau. Ces lettres n'étant donc point un nouveau titre d'acquisition, et ne pouvant donner à ces biens une nouvelle qualité d'acquêts, puisqu'ils retournent au condamné plutôt qu'il ne les acquiert, ils retournent avec les mêmes qualités avec lesquelles il les possédoit avant la confiscation, et par conséquent avec la qualité de propres, s'ils avoient cette qualité. Dargentré avoit fait une distinction entre les lettres d'abolition qu'il appelle de justice, pour des cas de leur nature graciables, et celles qu'il appelle de pure grâce, qui n'a point été suivie.

Lorsque le Roi remet la confiscation aux plus proches parens du condamné, on a agité la question si ces biens devoient être regardés comme des propres ou acquêts. Quelques anciens arrêts les ont décidés propres, sur le fondement que la remise de confiscation étoit comme une permission que le Roi accordoit que les parens succédassent à ces biens, et qu'ainsi les parens dans ce cas étoient censés tenir ces biens à titre successif, et par conséquent comme propres. Ce raisonnement n'étoit pas juste; car le don que le Roi fait aux parens des biens confisqués, laisse subsister la sentence rendue contre le condamné, ne lui rend pas la vie civile qu'il a perdue par la condamnation; et comme le droit de succession passive est un droit attaché à l'état civil qui ne lui est pas rendu, on ne peut supposer que ses parens, à qui le Roi fait don de la confiscation, aient succédé à ses biens; ils les tiennent donc à titre de don du Roi, lequel titre fait des acquêts. Par ces raisons, la jurisprudence les juge acquêts.

ARTICLE IV.

Quelles choses sommes-nous censés tenir à titre de succession, et par conséquent comme propres.

Nous possédons comme propres, les immeubles auxquels nous avons succédé, non-seulement lorsque nous avons toujours continué de les posséder à ce titre, mais même lorsqu'après avoir cessé de les posséder, nous les avons recouvrés plutôt par la résolution de l'aliénation que nous en avions faite, que par un nouveau titre d'acquisition.

Nous possédons à titre successif et comme propres, non-seulement les immeubles auxquels nous avons succédé immédiatement, mais encore ceux qui nous sont avenus depuis la succession, en vertu d'un droit auquel nous avons succédé.

Nous possédons comme propre tout ce qui, depuis que nous avons succédé à un propre, est uni, incorporé, et fait partie de notre propre.

Nous possédons comme propre tout ce qui nous reste d'un propre, et tout les droits que nous avons retenus dans ce propre, ou par rapport à ce propre, en l'aliénant.

§. I. Des choses dans lesquelles nous rentrons par la résolution de l'aliénation que nous en avions faite.

Lorsque nous devenons propriétaires d'une chose après avoir cessé de l'être, il faut bien examiner si nous en redevenons propriétaires en vertu d'un nouveau titre d'acquisition que nous en faisons, ou seulement par la résolution de l'aliénation que nous en avions faite.

Au premier cas, on ne considère plus l'ancien titre, mais celui auquel nous l'avons acquis de nouveau. Par exemple, si j'ai vendu mon héritage, qui m'étoit échu par succession, et que celui à qui je l'ai vendu ou ses successeurs me le revendent ou m'en fassent donation, on ne considère plus le titre de succession auquel je l'ai eu d'abord, parce que ce n'est plus en vertu de ce titre que j'ai cet héritage, mais en vertu de la vente ou de la donation qui m'en a été faite; et comme les titres de vente et de donation font des acquêts, il n'est pas douteux que cet héritage, qui m'avoit d'abord été propre, ne me sera plus qu'acquêt.

Au second cas, lorsque je redeviens propriétaire, non par un nouveau titre d'acquisition, mais par la seule résolution de

l'aliénation que j'en avois faite, n'y ayant point de nouveau titre d'acquisition, l'héritage ne peut pas recevoir une nouvelle qualité d'acquêt qu'il n'avoit pas auparavant; le titre en vertu duquel je deviens propriétaire, ne peut être que l'ancien titre en vertu duquel je l'étois lorsque je l'ai aliéné, puisqu'on suppose qu'il n'en est point intervenu de nouveau, et que l'aliénation que j'en avois faite s'est résolue. Si donc, avant que je l'eusse aliéné, je le possédois à titre de succession, il reprendra la même qualité de propre.

Faisons l'application de ce principe. J'ai vendu un héritage qui m'étoit échu à titre de succession; je prends des lettres de rescision contre la vente que j'en ai faite, soit pour cause de minorité, soit pour cause de lésion d'outre moitié du juste prix, ou pour quelque autre cause que ce soit. Elles sont entérinées, et je rentre dans cet héritage. Il n'est pas douteux qu'il reprendra la qualité de propre; car la sentence en vertu de laquelle je rentre contient plutôt la destruction du titre par lequel je l'avois aliéné, qu'elle ne contient un nouveau titre d'acquisition. Voici un autre exemple : j'ai été condamné à une peine qui emporte mort civile et confiscation de biens; j'obtiens par la suite des lettres d'abolition, en vertu desquelles je rentre dans les biens qui avoient été confisqués; ces lettres ne sont pas tant pour moi un nouveau titre d'acquisition de ces biens, que la destruction de la sentence qui m'en avoit fait perdre la propriété.

Dargentré néanmoins fait une distinction dans cette espèce : il convient que dans le cas des lettres d'abolition, qu'il appelle de justice, qui sont accordées pour un cas graciable, les biens qui avoient été confisqués retournent avec la qualité de propres qu'ils avoient auparavant. Mais il prétend que, lorsque ces lettres d'abolition sont de grâce, et qu'elles sont accordées par une grâce extraordinaire, et par la plénitude de la puissance du souverain, ces lettres renferment un véritable don des biens confisqués, et leur doit donner la qualité d'acquêts.

Cette distinction est rejetée par les auteurs, et je ne pense pas qu'elle doive être suivie; car dans l'un et dans l'autre cas, les lettres d'abolition anéantissent la sentence de condamnation qui a opéré la confiscation; d'où il suit que les biens confisqués lui retournent par la résolution du titre qui les lui avoit fait perdre. Ce n'est point une nouvelle acquisition qu'il fasse d'où puisse résulter la qualité d'acquêt.

L'héritage dont je redeviens propriétaire reprend la qualité de propre qu'il avoit, non-seulement lorsque j'y rentre par la rescision et l'annullation du titre qui m'en avoit fait perdre la propriété, comme dans les espèces précédentes, mais même lorsque ce titre se résout pour l'avenir. C'est pourquoi si la donation que j'avois faite d'un héritage propre est révoquée pour cause de survenance d'enfant, si j'avois vendu mon héritage propre avec la clause de réméré, ou avec la clause commissoire, et que j'exerce le réméré, ou que j'y rentre en vertu de la clause commissoire faute de paiement; si je l'avois donné à rente, et qu'on me le déguerpisse; dans tous ces cas et autres semblables, mon héritage, dont je redeviens propriétaire, n'est point acquêt, parce que ce n'est point en vertu d'un nouveau titre d'acquisition que j'en redeviens propriétaire; mais il reprend la qualité de propre qu'il avoit lorsque je l'ai aliéné, parce que, redevenant propriétaire par la résolution du titre d'aliénation que j'en avois fait, je recommence à le posséder au même titre auquel je le possédois auparavant. Outre cette raison, qui seule est très-suffisante pour décider que, dans cette espèce, l'héritage reprend la qualité de propre, il se rencontre celle-ci : le droit de rente foncière que j'ai retenu dans l'héritage propre que j'ai aliéné, et en vertu duquel j'y rentre lorsqu'on me le déguerpit; le droit de rentrer en cas de reversion, le droit de rentrer dans l'héritage par la clause de réméré ou par la clause commissoire, sont des droits immobiliers qui m'étoient propres de la même nature que m'étoit l'héritage, suivant les principes que nous établirons au paragraphe troisième; ces droits venant à se fondre, se terminer et se réaliser dans l'héritage dans lequel je rentre en vertu de ces droits que j'ai conservés, il s'ensuit que cet héritage doit aussi avoir la même nature de propre, suivant les principes que nous établirons au paragraphe deuxième.

Lorsque j'ai donné entre-vifs un héritage propre, et que j'y rentre pour cause d'ingratitude du donataire, la sentence qui m'y fait rentrer doit-elle être regardée comme une simple résolution de la donation que j'en avois faite, ou bien comme un nouveau titre d'acquisition qui donne à cet héritage la qualité d'acquêt? La question fait difficulté, et est controversée. Je suis revenu à penser que cette sentence est un nouveau titre d'acquisition par lequel le juge m'adjuge, par forme de répa-

ration de l'offense qui m'a été faite, ce que le donataire ingrat se trouve posséder de mes bienfaits.

Il me semble qu'on ne peut pas la considérer comme une simple résolution de la donation que j'avois faite; car un acte entièrement consommé, tel qu'est la donation, ne peut se résoudre qu'en vertu de quelque condition résolutoire sous laquelle cet acte ait été fait, sinon expressément, du moins tacitement. Or, on ne peut pas dire qu'une donation ait été faite sous la condition qu'elle se résolveroit en cas d'ingratitude du donataire. C'est à quoi même on n'a pas dû penser. Ce n'est donc point en vertu d'aucune condition résolutoire de la donation, que le donataire est privé de la chose donnée, et que le donateur y rentre, mais par forme de peine prononcée contre le donataire au profit du donateur, et par forme de réparation de l'offense commise contre lui, ce qui est un vrai titre d'acquisition que le donateur fait de cette chose qui la rend acquêt. Une preuve que le donateur n'y rentre pas en ce cas par la résolution de la donation, c'est qu'il reprend la chose avec toutes les charges qui ont été imposées par le donataire, ainsi qu'on en convient, ce qui néanmoins ne devroit pas être, si la donation se résolvoit; car toutes les charges imposées par le donataire devroient se résoudre pareillement suivant la règle *soluto jure dantis solvitur jus accipientis.*

La commise d'un fief, qui se fait au profit du seigneur pour cause de désaveu ou de félonie, n'est regardée non plus que comme une peine prononcée par les coutumes contre le vassal au profit du seigneur, et un titre d'acquisition qui donne au fief qui est commis la qualité d'acquêt. Ainsi le décide Renusson en son traité des propres, et d'autres auteurs.

Lorsque j'ai vendu à crédit un héritage, et que l'acheteur, qui n'a pas payé le prix par une convention faite avec moi, se déporte de son achat, et permet que je reprenne mon héritage, cette convention est regardée comme contenant plutôt un désistement et une résolution de la première vente, qu'une nouvelle vente et un nouveau titre d'acquisition. La raison en est que le contrat n'a pas été entièrement consommé dans cette espèce où il manquoit à la consommation du contrat le paiement du prix. On peut, par un commun consentement, s'en désister : *re integrâ abire pacto à venditione potest.* C'est le sentiment de Dumoulin sur le titre des fiefs, et notre coutume art. 112, en décidant que, pour une telle convention, il n'étoit

point dû de nouveau profit, paroît avoir adopté ce sentiment, et avoir regardé cette convention, non comme contenant une nouvelle vente, un nouveau titre d'acquisition, mais plutôt un désistement de la première vente; d'où il suit que l'héritage dans lequel le vendeur rentre n'est point un nouvel acquêt, mais qu'il reprend la même qualité de propre qu'il avoit lorsqu'il l'a aliéné.

§. II. Des choses qui nous aviennent en vertu d'un droit auquel nous avons succédé.

Non-seulement les immeubles qui nous ont été transmis immédiatement par la succession de nos parens nous sont propres, tous ceux qui nous aviennent en vertu d'un droit auquel nous avons succédé le sont aussi; car ils nous aviennent en notre qualité d'héritiers. C'est en tant qu'héritiers que nous en devenons propriétaires. Il est donc vrai de dire que nous les tenons à titre d'héritiers, et par conséquent que ce sont des propres. Par exemple, mon père a acheté un héritage dont la tradition ne s'est faite que depuis sa mort, à moi qui suis son héritier; cet héritage me sera propre, quoique je n'aie point succédé immédiatement à cet héritage, qui n'a jamais appartenu à mon père; car il suffit que j'aie succédé à l'action *ex empto* qu'avoit mon père pour se le faire livrer. En succédant à l'action par laquelle je me suis fait livrer l'héritage, c'est tout comme si j'avois succédé à l'héritage même. Car de même que c'est un axiome en droit, que *qui actionem habet, ipsam rem habere videtur*, de même il faut dire que *qui in actionem successit, in ipsam rem successisse videtur.*

On peut dire que j'ai cet héritage à titre d'héritier, puisque ce n'est qu'en ma qualité d'héritier, et en conséquence du droit auquel j'avois succédé à mon père, qu'il m'a été livré, et que j'en suis devenu propriétaire. Ce droit auquel j'ai succédé étoit un droit à un héritage *jus ad immobile*, et par conséquent, suivant les principes établis au paragraphe précédent, un droit immobilier qui était en ma personne un propre. Ce droit n'étoit autre chose que l'héritage même considéré sous un certain aspect, non comme étant déjà *in dominio*, mais comme étant *in credito*, et devant un jour parvenir en notre domaine. Il s'ensuit que l'héritage auquel le droit qui m'étoit propre vient à se terminer, et dans lequel il vient à se fondre et réaliser par la tradition qui m'en est

faite, doit être pareillement propre, puisqu'il n'est rien autre chose que le terme et la réalisation du droit qui m'étoit propre. On doit décider la même chose, et par la même raison, dans toutes les autres espèces semblables. Par exemple, si le parent auquel j'ai succédé avoit vendu un héritage, et qu'il lui fût resté par rapport à cet héritage une action rescisoire pour y rentrer par la rescision de la vente qu'il en avoit faite, ou qu'il eût conservé un droit de réméré ou une action en vertu de la clause commissoire, si après sa mort j'exerce, comme son héritier, cette action rescisoire, ou ce droit de réméré, ou une action en vertu de la clause commissoire, cet héritage me sera propre, et même s'il étoit déjà propre à mon parent lorsqu'il l'a vendu, il me sera propre avitin, tel qu'il me l'auroit été si mon parent ne l'avoit jamais vendu et que j'y eusse succédé immédiatement; car l'action que mon parent a retenue et conservée par rapport à l'héritage, est propre de même nature qu'étoit l'héritage, suivant les principes que nous verrons au paragraphe quatrième. Ce droit auquel j'ai succédé m'étoit donc propre, tel que l'étoit l'héritage, lorsque, venant à exercer ce droit par moi-même, il s'est terminé, fondu et réalisé en l'héritage même; il s'ensuit que l'héritage me rentre avec la même qualité de propre que ce droit avoit, et par conséquent avec la même qualité de propre que cet héritage auroit eu lui-même s'il n'eût point été aliéné, et que j'y eusse succédé immédiatement.

Suivant les mêmes principes, si j'acquiers par prescription la propriété d'un héritage dont celui à qui j'ai succédé s'étoit mis en possession, cet héritage me sera propre tout comme si j'avois succédé à l'héritage même; car quoique le défunt n'en ait point eu la propriété, et que ce soit moi qui l'aie acquise, il suffit que je l'aie acquise en vertu d'un droit de possession auquel j'ai succédé, pour que cet héritage soit propre, ainsi que le droit auquel j'ai succédé, et de même que si j'y avois succédé immédiatement.

Mon père a vendu et livré un héritage à crédit, il meurt peu après; et par une convention entre l'acheteur et moi, par laquelle l'acheteur se déporte de son achat, je rentre dans l'héritage; cet héritage me sera-t-il propre? Il y a beaucoup plus de difficulté que dans les espèces précédentes; car on ne peut pas dire dans cette espèce, comme dans les précédentes, que je deviens propriétaire de l'héritage en vertu d'un droit

auquel j'ai succédé. Mon père ayant vendu à crédit cet héritage, n'a conservé aucun droit à cet héritage auquel j'aie pu succéder; il n'avoit que l'action *ex vendito* pour être payé du prix, laquelle étant une action mobilière, n'étoit pas susceptible de la qualité de propre. D'un autre côté, on peut dire que la convention par laquelle un acheteur se déporte de son achat, suivant les principes établis au paragraphe précédent, étant plutôt un résiliement de la vente qui en a été faite, qu'une nouvelle vente qui m'est faite, il s'ensuit que je rentre dans cet héritage plutôt que je ne l'acquiers; et comme j'y rentre en qualité d'héritier du vendeur, la convention en vertu de laquelle j'y rentre étant une convention que je n'ai pu faire que comme héritier, je tiens donc cet héritage à titre d'héritier, ce qui suffit pour qu'il me soit propre. Mais, dit-on, mon père n'ayant conservé aucun droit à cet héritage, je n'ai pu succéder à aucun droit en vertu duquel je sois devenu propriétaire de l'héritage. On ne peut donc pas dire que j'aie l'héritage en vertu d'un droit auquel j'aie succédé en vertu d'un droit successif, ce qui est néanmoins nécessaire pour qu'il soit propre.

Je réponds : Je l'ai en vertu du droit *ex vendito* auquel j'ai succédé, et par conséquent en vertu d'un droit successif. Il est vrai que le droit *ex vendito* n'avoit dans son origine, et dans le temps que j'y ai succédé, pour objet, que le paiement du prix, et étoit une action mobilière non susceptible de la qualité de propre; mais, *ex accidenti*, par le désistement que l'acheteur a fait de son achat, et la convention qu'il y a eu entre lui et moi en ma qualité d'héritier, ce droit *ex vendito* que j'avois a changé de terme, et a pour objet l'héritage dans lequel il m'étoit permis de rentrer au lieu d'en exiger le prix; de droit mobilier qu'il étoit, il est devenu immobilier, ayant pour objet l'héritage : c'est en vertu de ce droit que je suis rentré et devenu propriétaire de l'héritage, et par conséquent en vertu d'un droit successif, ce qui suffit pour qu'il soit propre.

Mon père avoit eu un héritage qu'il avoit donné à rente, en retenant un droit de refus; depuis sa mort cet héritage a été vendu; j'exerce le droit de refus : cet héritage sera-t-il propre ou acquêt? Il sera acquêt; car le titre de mon acquisition est la vente qui en a été faite d'abord à l'étranger, et par l'événement à moi comme subrogé à l'étranger. Le droit de refus

auquel j'ai succédé ne m'a donné que la préférence. J'ai été préféré en vertu de ce droit, mais j'ai acquis en vertu de la vente qui en avoit été faite.

Que si la vente qui a donné lieu au droit de refus avoit été faite du vivant de mon père, le droit d'avoir cet héritage ayant été acquis à mon père, s'étant trouvé dans la succession, et étant un droit immobilier qui m'est propre, il n'est pas douteux que si j'exerce ce droit, l'héritage me sera propre; car je l'acquiers en vertu d'un droit acquis à mon père, auquel j'ai succédé.

J'ai transigé sur la propriété d'un héritage dont mon père m'a transmis la possession, l'héritage me sera-t-il propre ou acquêt? Il faut entrer dans la discussion de la question sur laquelle j'ai transigé. S'il appartenoit à la personne qui m'a fait la contestation, et qui, par la transaction, au moyen de l'argent que je lui ai donné, s'est désistée de son droit, cette transaction est pour moi un véritable titre d'acquisition en vertu duquel je possède l'héritage; je ne le tiens plus de la succession de mon père, mais je le tiens en vertu de ce nouveau titre, et par conséquent l'héritage m'est acquêt.

Mais à moins qu'il ne soit justifié que l'héritage appartenoit à celui qui m'en a fait la contestation, ou que le prix que j'ai donné par la transaction, qui se trouveroit égaler la valeur de cet héritage, ne le fît présumer; hors ces deux cas, il faut dire que cet héritage est propre, et que je n'ai donné l'argent convenu par la transaction que pour me rédimer d'un procès, la propriété étant présumée être par-devers le possesseur tant que le contraire ne paroît pas; c'est pourquoi je ne serai point censé l'avoir acquis par la transaction, mais le tenir de la succession de mon père, et en conséquence il sera propre.

§. III. De ce qui échoit par partage ou licitation entre cohéritiers.

Comme il est de la nature de toute communauté de devoir un jour se partager, *nulla enim in æternum communio est*, et qu'en conséquence une succession n'est déférée à plusieurs héritiers qu'à la charge du partage que chacun d'eux a droit de demander à ses cohéritiers, il s'ensuit que le partage et les actes qui en tiennent lieu, tel qu'est l'acte de licitation, doivent être regardés comme l'exécution et la détermination du titre de succession, et non comme un titre d'acquisition distinct et séparé du titre de succession : de là il suit que tout ce

qui avient par partage et licitation est censé avenir à titre de succession, et chaque cohéritier est censé avoir succédé à tout ce qui tombe dans son lot, ou à tout ce qui lui est adjugé par licitation, ces actes n'ayant fait que déclarer et déterminer les choses auxquelles chaque cohéritier devoit être censé avoir succédé; et par conséquent, tout ce qui échoit à chacun des cohéritiers, soit par partage ou par licitation, est propre pour le total, et non pas seulement pour la portion que l'héritier y avoit avant le partage; cela a passé en jurisprudence constante : de là la maxime que les partages ont parmi nous un effet rétroactif, et ne sont que déclaratifs de ce à quoi chacun a succédé.

Cela a lieu quand même l'héritage qui m'avient par licitation composeroit seul tout l'actif de la succession. En vain dira-t-on qu'il répugne que n'étant héritier que pour une partie, par exemple pour un quart, je sois censé avoir succédé à ce qui fait le total de l'actif de cette succession. Je réponds que cela ne paroît point répugner si on fait réflexion que le quart indivis en cet héritage auquel j'ai succédé, renfermoit, en conséquence de la qualité d'indivis, le droit de demander le partage et même la licitation de cet héritage, au cas que ce fût la commodité commune de sortir de cette manière de communauté, et par conséquent, il renfermoit le droit d'avoir le total de cet héritage si j'étois le plus hardi licitant. Il est donc vrai de dire que c'est en vertu d'un droit renfermé dans celui auquel j'ai succédé, et par conséquent en vertu d'un droit auquel j'ai succédé, que je le licite, et que je deviens, par le moyen de la licitation, propriétaire du total de l'héritage. Or, suivant les principes établis au paragraphe précédent, je suis censé avoir succédé, non-seulement aux choses auxquelles j'ai succédé directement et immédiatement, mais aussi aux choses qui me sont avenues en vertu d'un droit auquel j'avois succédé, et elles sont également censées propres comme si j'y avois succédé immédiatement. Donc, en cette espèce, il ne répugne point que je sois censé avoir succédé au total de cet héritage, puisqu'en succédant au quart indivis j'ai vraiment succédé au droit d'avoir le total si la licitation en décidoit ainsi.

La licitation n'est pas le seul acte qui tienne lieu de partage. Tout acte passé entre cohéritiers, ou quelques-uns d'eux, où on puisse présumer que l'intention principale des parties a

été de sortir de communauté, doit passer pour partage quand cet acte seroit qualifié de vente ou de quelque autre nom, parce que la nature des actes doit se régler, non par le nom qu'on leur a donné, mais par ce qui s'est passé entre les parties, par ce que les parties ont eu en vue et se sont proposé.

Selon ces principes, la jurisprudence n'est devenue constante que lorsque mes cohéritiers ou quelqu'un d'entre eux me vend sa part qu'il a par indivis dans quelque héritage de la succession, ou qu'il me la donne à rente, soit perpétuelle, soit viagère, pourvu que cette rente viagère réponde à la valeur de la part qu'il me cède, tous ces actes tiennent lieu de partage, et en conséquence les parts de mes cohéritiers qui me sont cédées sont censées m'être avenues à titre de succession, et me sont propres. La raison en est qu'on présume que l'intention de mes cohéritiers n'a pas été tant de vendre, ni la mienne d'acheter, que de sortir de communauté.

Il en seroit autrement si mon cohéritier m'avoit fait donation de sa part, ou me l'eût donnée pour une rente viagère qui n'excédât pas le revenu de cette part. Un tel acte ne peut passer pour tenir lieu de partage; car il est de la nature des partages que chacun des copartageans ait intention d'y rececevoir autant qu'il donne, ce qui ne se rencontre pas dans ceux-ci. Par conséquent, cet acte ne pouvant être regardé comme fait *animo dividendi*, mais étant vraiment une donation que mon cohéritier me fait de sa part, cette part me sera acquêt.

§. IV. De ce qui est uni à un propre.

Tout ce qui est uni et incorporé à un propre, est propre de la même nature que la chose dont il est l'accessoire, selon cette maxime de droit, *accessorium sequitur naturam rei principalis.*

C'est pourquoi, si j'ai bâti un édifice sur un terrain propre, si j'y ai planté des bois, des vignes, etc., ces choses étant des accessoires de ma chose, suivant la règle *superficies solo cedit,* elles seront propres de la même nature que le sol, sans même que l'héritier aux propres doive aucune récompense de ce qu'il en aura coûté, comme l'avance mal à propos Renusson, ainsi que nous l'avons montré au traité des successions.

Il n'en est pas de même de l'union civile comme de la naturelle. Les héritages que j'acquiers dans ma censive et dans

mon fief, ne seront pas pour cela propres, comme l'est ma censive ou mon fief dominant; mais ils seront acquêts, si j'en suis devenu propriétaire par un titre qui fait des acquêts. La raison en est qu'il ne se fait qu'une union de mouvance. Les héritages ne sont plus, à la vérité, qu'un même fief avec le mien dont ils relevoient; mais ils n'en sont pas moins des corps d'héritages naturellement distincts et séparés de mon fief dominant dont ils relevoient, et par conséquent, ils peuvent avoir une qualité différente.

L'union de simple destination doit encore moins faire des propres. C'est pourquoi, lorsque j'achète un morceau de terre enclavé dans ma métairie, et le comprends dans les baux à ferme que je fais de cette métairie, ce morceau de terre ne sera pas moins un acquêt. Lorsque j'achète des droits dont mon héritage propre était chargé, *v. g.* un droit d'usufruit ou de rente foncière, lesquels, par cette acquisition, sont réunis à mon droit de propriété, il n'y a pas lieu à la question si ces droits sont acquêts, ou s'ils suivent la nature des propres de mon héritage; car ces droits s'éteignant par l'acquisition que j'en fais, ils ne sont susceptibles d'aucune qualité, mon héritage libéré demeurera propre comme il l'étoit sans aucune récompense. Ce titre ne produira aucun acquêt; car par ce titre je me libère plutôt que je n'acquiers.

On demande si des augmentations de gages qu'un officier a été obligé d'acquérir sont des acquêts, ou s'ils suivent la qualité de propres qu'avoit l'office. Il faut examiner comment elles ont été créées, comme quelques-unes l'ont été, pour pouvoir être possédées séparément de l'office; il n'est pas douteux qu'elles sont acquêts, sinon elles sont censées unies à l'office et en faire partie, et par conséquent doivent en ce cas suivre sa qualité.

Lorsque je rentre dans un héritage au moyen du retrait féodal, il faut dire que cet héritage m'est acquêt; le retrait féodal, étant un vrai achat, n'étant que le droit d'être préféré à un acheteur étranger.

§. V. De ce qui reste d'un propre et des droits qu'on retient par rapport à un propre.

Il n'est pas douteux que ce qui reste d'un propre est propre, quand même cet héritage auroit péri et changé de forme; car tout ce qui reste de ma chose, qui a péri, m'appartient au

même titre et de la même manière que m'appartenoit ma chose. *Quod ex re meâ superest, meum est.* Par exemple, si ma maison a été inondée, la place ou la masure qui en reste demeure propre de la même nature qu'étoit la maison.

Quid, des matériaux qui sont détachés? Si le propriétaire conserve la volonté de les replacer dans la reconstruction de la maison, comme en ce cas ils conservent la nature d'immeubles, ainsi que nous l'avons vu au paragraphe précédent, ils conservent aussi la qualité de propres; sinon ils sont devenus meubles, et par conséquent non susceptibles de cette qualité.

Tous les droits que nous retenons dans une chose, lorsque nous l'aliénons, ou par rapport à cette chose, nous sont propres, de la même manière que l'étoit la chose; car ces droits dérivant du droit de propriétaire que nous avions, doivent retenir la qualité des choses dont ils dérivent.

C'est pourquoi si j'aliène mon héritage à titre de cens et de rente foncière, le droit de cens ou de rente foncière que je retiens sur cet héritage m'est propre, ainsi que m'étoit l'héritage.

Il n'en est pas de même d'une rente qu'on me constitueroit par le contrat de vente pour le prix de mon héritage propre par moi vendu. Cette rente sera un acquêt; car cette rente n'est pas un droit que je retiens dans l'héritage, c'est un droit personnel que j'acquiers contre l'acheteur de mon héritage par la rente qu'il m'en fait pour et en acquit de la somme qu'il me doit pour le prix de mon héritage : acquérant ce droit de rente à titre d'une vente qui m'en est faite, c'est évidemment un acquêt. Mais, dira-t-on, je retiens, pour raison de cette rente, une hypothèque sur l'héritage; cette hypothèque est un droit dans l'héritage *jus in re :* or, nous avons dit que les droits retenus dans un héritage propre, lorsque nous l'aliénons, conservoient la qualité de propres; la réponse est, que cela est vrai, des droits qui subsistent *principaliter et per se;* mais ce principe ne peut recevoir d'application à un droit d'hypothèque qui ne subsiste pas *principaliter et per se*, et n'est que l'accessoire d'une créance personnelle. Car l'accessoire doit suivre la nature de la chose principale.

C'est pourquoi, en cette espèce, la rente qui m'est constituée pour le prix de mon héritage étant un acquêt, l'hypo-

thèque qui ne lui est qu'accessoire, ne peut pas changer sa nature d'acquêt, et lui donner la qualité de propre.

Il en est de même d'une servitude prédiale, *finge*, d'un droit de vue. Par exemple, j'ai deux maisons dont l'une acquêt, qui a des vues sur l'autre qui m'est propre; par l'aliénation de celle qui m'est propre, je retiens les droits de servitude de vue tels qu'ils sont. On ne peut pas dire que ce droit de servitude de vue que je retiens dans la maison propre que j'aliène, ait la qualité de propre; car ce droit de servitude que je retiens n'est pas un droit qui subsiste par lui-même : c'est un droit attaché à la maison acquêt que je retiens : il en fait partie, *quid enim aliud sunt jura servitutum quàm qualitates prædiorum*, et par conséquent, ce droit de servitude doit suivre la nature de la maison acquêt dont il est une dépendance inséparable.

Non-seulement les droits que je retiens dans un héritage propre, lorsque ce sont des droits qui subsistent *principaliter et per se*, me sont propres, il en est de même de ceux que je retiens, non pas proprement dans cet héritage, mais par rapport à cet héritage. Par exemple, si je vends mon héritage propre avec la clause de réméré, ou avec la clause commissoire par laquelle je stipule qu'il me sera permis d'y rentrer, si je ne suis pas payé dans un certain temps; ce droit de réméré, ce droit de rentrer dans l'héritage par la clause commissoire, sont des droits propres de la même nature qu'étoit l'héritage.

Il en est de même des actions rescisoires que j'ai contre l'aliénation que j'ai faite de mon héritage. Par exemple, pour cause de l'ésion d'outre-moitié du juste prix, de minorité, ou pour quelque autre cause; ces droits étant des droits que j'ai conservés par rapport à l'héritage aliéné, me sont propres de même nature qu'étoit l'héritage.

§. VI. De quelles qualités doivent être présumés les héritages dont l'origine est incertaine.

L'héritage dont l'origine est incertaine, doit être présumé plutôt acquêt que propre. La qualité d'acquêt étant la première et la plus naturelle qualité d'un héritage, puisque tout héritage est acquêt avant que d'être propre, la qualité de propre ne pouvant survenir à un héritage qu'après que celui qui l'a acquis, et en la personne de qui il est acquêt, l'a

transmis par succession. D'ailleurs la qualité de propre servant de fondement à des droits établis en faveur de la famille sur des héritages contre le droit commun, lorsque des familles réclament des droits sur ces héritages, c'est à elles à justifier la qualité qui sert de fondement à leurs prétentions, suivant la maxime que c'est au demandeur à fonder sa demande. *Incumbit onus probandi ei qui dicit.*

Par exemple, un parent de mon vendeur veut retirer sur moi un héritage par retrait lignager; le fondement de sa demande est que cet héritage est un propre : c'est donc à lui à justifier cette qualité de propre, puisqu'elle sert de fondement à sa demande.

Un héritier veut faire retrancher de mon legs les quatre cinquièmes d'un héritage sur le fondement qu'il est propre; c'est à lui à le justifier. Vous me direz que le légataire étant demandeur en saisissement de legs, c'est plutôt à lui, comme demandeur, à justifier que l'héritage est acquêt. Je réponds que c'est l'héritier qui prétend que les quatre cinquièmes doivent être exceptés du legs; *excipiendo fit actor*, et c'est par consequent à lui à justifier le fondement de son exception, le fondement de cette réserve, et par conséquent à lui à justifier la qualité de propre. Que s'il est question d'une succession entre l'héritier aux propres et l'héritier aux acquêts, il est évident que l'héritier aux acquêts étant le plus proche parent, il n'a rien à prouver autre chose que la proximité de sa parenté. C'est à l'héritier aux propres qui veut l'exclure à justifier la qualité de propres qu'il prétend lui donner droit à la succession.

ARTICLE V.

Des effets de la qualité des propres, et quand elle s'éteint.

§. I. Des effets de la qualité des propres.

Cette qualité de propres a trois principaux effets.

1° En matière de succession. La succession de propres est affectée aux parens de la famille d'où ils viennent, à l'exclusion des autres parens, quoique plus proches.

2° En fait de disposition. Les coutumes réservent dans les héritages propres à l'héritier aux propres, une certaine portion dont elles défendent de disposer à son préjudice par testament. Quelques-unes même défendent de disposer d'une certaine portion de propres par donation entre-vifs.

3° Lorsqu'un propre est vendu, les coutumes accordent aux parens de la famille le droit de le retirer par retrait lignager sur l'acquéreur étranger.

Nous avons parlé de ces trois différens effets au traité des successions, des donations entre-vifs et testamentaires, et au traité du retrait lignager, où est le siége de ces matières.

§. II. Quand s'éteint la qualité des propres.

Il est évident que la qualité de propres s'éteint par l'extinction de l'immeuble qui en est le sujet, pourvu qu'il n'en reste rien; car elle se conserve dans ce qui en reste, ainsi que nous l'avons vu. Ainsi, lorsqu'une rente propre est amortie, lorsqu'un office propre est supprimé, le propre est éteint, et cette qualité ne se conserve pas dans les effets du remboursement; car ces derniers ne font plus partie de la rente, qui ne subsiste plus, ni de l'office. Et d'ailleurs étant quelque chose de mobilier, ils ne sont point susceptibles de la qualité de propres. Il n'en est pas de même de la place sur laquelle étoit bâtie une maison qui a été incendiée. Cette place conserve toujours la qualité de propre qu'avoit la maison, car elle en fait partie *area est pars domûs*, et elle est susceptible de cette qualité. De là il suit que si on y reconstruit une nouvelle maison, elle aura la même qualité de propre que l'ancienne; car la place sur laquelle elle a été bâtie, et dont le nouveau bâtiment est l'accessoire, lui communique cette qualité de propre, suivant les principes établis en l'article précédent.

La qualité de propre s'éteint aussi, *salvo subjecto*, lorsque l'héritage sort de la famille; mais s'il y rentre par la résolution du titre qui l'en a fait sortir, cette qualité de propre revivra.

La qualité de propre s'éteint aussi, quoique l'héritage reste dans la famille, lorsque quelqu'un de la famille commence à le posséder à un titre qui fait des acquêts, c'est-à-dire à tout autre titre que de succession et de donation en directe.

Il sembleroit suivre de ces principes que la qualité de propre est éteinte dans les héritages qui sont retirés par retrait lignager, ce retrait consistant à rendre le lignager acheteur à la place de l'étranger, à qui il a été vendu. Néanmoins, comme le retrait lignager a été introduit pour conserver les héritages dans les familles, il ne doit pas avoir un effet contraire aux vues de la loi qui l'a introduit. La coutume ne regarde pas la qualité de propre comme éteinte dans l'héritage retiré par retrait ligna-

ger, et elle donne aux parens de la ligne d'où ils procèdent le droit d'y succéder préférablement aux héritiers des acquêts de ce lignager; mais comme cet héritage est pourtant, dans la vérité, acquêt, elle veut que l'héritier de la ligne n'y succède qu'en remboursant à l'héritier aux acquêts le prix pour lequel il l'a retiré.

L'héritage tient donc, en ce cas, et de la nature d'acquêt, et de la nature de propre; de la nature d'acquêt, parce qu'effectivement le lignager est acheteur, *tunc enim pecuniâ suâ acquisivit*, et de la nature de propre, parce que c'est *jure sanguinis et familiæ*, qu'il a été subrogé à cet achat.

Nous remettons à traiter cette question plus amplement au traité du retrait lignager.

SECTION II.

Des propres fictifs.

§. I. Des propres de subrogation.

La subrogation de propres est une fiction de droit qui fait passer la qualité de propre qu'avoit un immeuble que nous aliénons à un autre immeuble que nous acquérons à la place, et qui nous en tient lieu.

Pour que la subrogation fasse passer la qualité d'une chose à une autre, il faut que trois choses concourent. 1° Il faut que ce soit une qualité extrinsèque, telle qu'est la qualité de propre; car il est évident que les qualités intrinsèques des choses ne peuvent passer d'une chose à une autre. 2° Il faut que la chose à laquelle on veut faire passer la qualité d'une autre soit susceptible de cette qualité. De là il suit que si je vends mon héritage propre, si je reçois le remboursement de ma rente propre, la qualité de propre qu'avoit ma rente ou mon héritage ne peut pas, par la seule force de la subrogation, passer aux deniers du prix ou du remboursement qui me tiennent lieu de mon propre, parce que ces deniers étant quelque chose de mobilier, ne sont pas susceptibles de la qualité de propres, suivant le principe établi chap. 1er, art. 1er, § 3. Quand même le prix m'en seroit encore dû lors de ma mort, cette créance du prix de mon propre ne pourroit avoir la qualité de propre, parce qu'étant mobilière, elle n'en est pas susceptible.

Il faut, 3° que la chose en laquelle on veut faire passer la qualité d'une autre par subrogation, ait été acquise immédiatement à la place de cette chose, et en tienne lieu. De là il suit que si je vends mon héritage pour une somme dont on me constitue rente, quoique sur-le-champ, et par le même contrat, cette rente sera acquêt, et ne recevra point, par la subrogation, la qualité de propre qu'avoit mon héritage; car elle ne me tient pas lieu immédiatement de mon héritage; je ne l'ai pas immédiatement acquise pour mon héritage, mais pour le prix qui m'en étoit dû.

Par la même raison, si par partage le lot de mon cohéritier est chargé envers moi du retour d'une somme pour laquelle il m'ait constitué rente, cette rente me sera acquêt; car elle ne me tient lieu que de la somme qui m'étoit due pour ce retour. C'est à cette somme due pour ce retour, que, par l'effet rétroactif des partages, je suis censé avoir succédé, et non point à la rente que je suis censé avoir acquise pour cette somme.

Les trois conditions requises pour la subrogation, se trouvent concourir dans l'échange que je fais de mon héritage propre contre un autre immeuble. 1° Il me tient lieu immédiatement de mon héritage. 2° Etant immeuble, il est susceptible de la qualité de propre. 3° Cette qualité de propre est une qualité intrinsèque qui peut passer d'une chose à une autre.

Il se fait donc, en ce cas, un vrai propre de subrogation, et l'immeuble que je reçois en échange de mon héritage sera réputé propre de la même nature qu'étoit mon héritage, quant à tous effets, non-seulement en ma personne, mais à perpétuité à tous ceux de ma famille, à qui il sera transmis par ma succession. La coutume de Paris, art. 143, en a une disposition expresse : Quand aucun a échangé son propre héritage à l'encontre d'un autre héritage, l'héritage est propre de celui qui l'a eu par échange. Notre coutume, art. 385, en a une pareille disposition.

Si l'héritage que j'ai reçu en échange de mon héritage propre étoit d'une valeur plus considérable que le mien, et que j'eusse donné une somme de deniers pour retour, notre coutume, art. 385, décide qu'il sera acquêt jusqu'à la concurrence des tournes, et que néanmoins l'héritier aux propres pourra le retenir en remboursant. Cette disposition de la coutume d'Orléans est fondée en raison de droit et d'équité; car

cet héritage ne me tient pas seulement lieu de mon héritage propre, mais encore de l'argent que j'ai donné en retour. Cet héritage ne me tenant donc pas lieu pour le total de mon héritage propre, il ne me le doit être que pour une portion et pour le surplus, et au *prorata* de la somme donnée pour retour, il doit être acquêt, ainsi que le décide notre coutume.

Ce que notre coutume ajoute, que quoique notre héritage soit, pour cette portion, acquêt, l'héritier aux propres pourra néanmoins la retenir en remboursant, est fort sage. L'héritier aux acquêts qui doit succéder à cet héritage pour la portion pour laquelle il est acquêt, est mis hors d'intérêt par le remboursement qu'on lui fait, et on évite la licitation, qui auroit pu faire sortir entièrement le propre de la famille contre la vue que la loi a eue de l'y conserver par la subrogation.

Cette disposition de la coutume d'Orléans étant fondée en droit et équité, doit, quant aux deux parties, être suivie dans la coutume de Paris, et dans les autres coutumes, d'autant que celle d'Orléans, ayant été réformée après celle de Paris, par les mêmes réformateurs, et cette disposition étant un article de la réformation, elle doit passer pour une explication de celle de Paris.

Voici une autre espèce où il se fait subrogation de propre. Il se trouve dans une succession un héritage qui est pour moitié paternel, et pour l'autre moitié maternel, et qui vaut 10,000 livres, et un autre qui est en entier propre paternel, qui vaut 5000 livres : cet héritage deviendra en la personne de l'héritier maternel, par la subrogation, propre maternel; car il a cet héritage immédiatement à la place de la moitié de l'autre héritage, qui étoit pour cette moitié propre maternel.

Quid, dans cette espèce, deux frères germains partagent les successions de leurs père et mère; l'un a en partage tous les héritages paternels, et l'autre tous les maternels; ces héritages paternels seront-ils réputés dans celui à qui ils sont échus propres maternels jusqu'à concurrence de la part qu'il devoit avoir dans les propres maternels, dont jusqu'à concurrence ils lui tiennent lieu *et vice versâ?* Non; ils sont pour le total propres paternels, comme les maternels seront maternels pour le total à l'autre enfant. Il est censé avoir succédé à son père pour le total à ces héritages échus en son lot, à la charge d'un retour envers son frère, lequel, de son côté, est censé avoir succédé, pour le total, aux héritages maternels, à la

charge pareillement d'un retour, desquels retours qu'ils doivent de part et d'autre, il s'est fait compensation. Cette espèce-ci est bien différente de la précédente. Dans cette espèce, les héritages paternels qui tombent en partage à l'un des enfans, ne sortent point de la famille du père; ils doivent plutôt conserver leur vraie et naturelle qualité d'héritages paternels, que d'acquérir une qualité feinte de propres maternels par la subrogation; au lieu que, dans l'espèce précédente, l'héritage paternel qui est donné à l'héritier maternel sort de la famille paternelle du défunt; il ne peut donc plus conserver sa qualité de paternel; rien n'empêche donc qu'il ne puisse recevoir, par la fiction de la subrogation, la qualité de propre maternel qu'avoient les héritages dont il tient la place. Dans notre espèce, l'enfant qui avoit les deux qualités d'héritier paternel et d'héritier maternel, doit être plutôt censé avoir ces héritages paternels de la succession paternelle dont ils procèdent effectivement, que de celle dont ils ne procèdent pas; mais dans l'espèce précédente, l'héritier de la ligne maternelle ne peut avoir le héritages de la ligne paternelle, comme héritages de cette ligne. Il n'a d'autre titre pour les avoir que la convention pour laquelle on les lui a cédés, pour lui tenir lieu de ceux de la ligne maternelle dont il est héritier. Il tient donc cet héritage comme tenant la place des héritages de la ligne maternelle auxquels il a succédé, et par conséquent, comme propres de cette ligne par subrogation. Les coutumes de Sens, art. 44, et de Troyes, art. 154, en ont des dispositions conformes à notre décision.

Quid, de cette espèce? Un père ayant à partager les biens de la communauté avec son fils, qui a droit à la moitié de cette communauté comme héritier de sa mère, donne un de ses propres à son fils pour le remplir de cette portion en la communauté. Cet héritage sera-t-il, par subrogation, propre maternel, ou conservera-t-il sa qualité de propre paternel? Il semble qu'il ne la peut conserver; car cet enfant, dans l'acte de partage de communauté qu'il fait avec son père, n'ayant d'autre qualité que celle d'héritier de sa mère, l'héritage paternel qui lui est cédé par ce partage, lui appartient à titre d'héritier de sa mère. Or, il paroît répugner que l'héritage qu'il a comme héritier de sa mère, soit propre paternel. Il semble donc qu'il ne peut être qu'un propre subrogé maternel, comme lui tenant lieu des héritages qu'il devoit avoir de

sa mère, ou acquêt si c'étoit des sommes mobilières qui lui fussent dues comme héritier de sa mère, et en paiement desquelles son père les lui eût donnés; *nec obstat*, que cet héritage, passant du père au fils, ne sorte point de la famille du père; car il ne suffit pas, pour que cet héritage ait dans la personne du fils la qualité de propre paternel, qu'il lui soit passé immédiatement de son père sans être sorti de la famille, il faut encore que le fils l'ait *jure familiæ*, c'est-à-dire, à titre de succession paternelle, ou de donation qui soit comme une succession anticipée. Que si un fils avoit un héritage de son père par la vente que son père lui en auroit faite, il n'est pas douteux que cet hériatge, quelque ancien propre qu'il fût, quoique en quelque façon il ne sortît point de la famille, seroit néanmoins acquêt en la personne du fils parce que le fils ne l'auroit pas *jure familiæ*, mais comme étranger, au titre qui fait des acquêts. Pareillement, en cette espèce, l'héritage qui passe au fils ne doit point être, en la personne du fils, l'héritage paternel, parce qu'il ne l'a point *jure familiæ*, mais acquêt, puisqu'il l'a en paiement des sommes qui lui sont dues de la succession de sa mère, et la donation en paiement étant un acte équipollent à vente, *dare in solutum est vendere*, c'est tout comme s'il avoit cet héritage à titre d'une vente que son père lui en auroit faite, ou si c'étoit des immeubles qui lui revenoient de la succession maternelle, cet héritage lui étant donné à la place des héritages de la succession maternelle, qui lui étoient propres maternels, doit être par subrogation un propre maternel. La question ne laisse pas de souffrir difficulté. Il y en a qui pensent que cet héritage est en la personne du fils héritage paternel, que le père est censé lui laisser en avancement de succession, non pas de la vente purement et simplement, mais *sub more*, et à la charge que son fils ne lui demandera aucune part en la communauté. Mais je trouve la première opinion plus régulière.

Quid, du cas où deux conjoints auroient mis en communauté tous leurs biens immeubles de part et d'autre, si par le partage entre le père et l'enfant héritier de sa mère, il écheoit au lot de l'enfant des héritages paternels, conserveront-ils leur qualité d'héritages paternels; *et vice versâ*, si le père avoit eu en partage des héritages de sa femme, que l'enfant recueillît ensuite de la succession de son père ces héritages, auroient-ils la qualité d'héritages maternels? Chopin décide

pour l'affirmative, lib. 2, tit. 1. *de moribus Parisiensium* nº 26; car, dit-il, *pura et simplex bonorum partitio nequaquàm tollit immutativè nativam rerum qualitatem statumque iis primitùs insitum.* Mais cette raison, quoique exprimée en beau latin, n'est autre chose qu'une pétition de principes; car c'est précisément ce dont il est question. Je ne puis être de l'avis de Chopin, suivi par Renusson. Je me fonde sur les raisons alléguées en la question précédente, qu'il répugne que ce qui me vient à titre d'héritier de ma mère, soit propre paternel, et que ce qui me vient de la succession de mon père, soit propre maternel. Cet héritage paternel qui tombe dans mon lot, est censé avoir été acquis par ma mère par le titre de la communauté de biens établie par son contrat de mariage, et m'étant transmis par sa succession, est un propre naissant maternel en ma personne, et les héritages de ma mère ayant passé par le partage de la communauté à mon père, sont sortis de la famille de ma mère, et ont perdu leur qualité de biens maternels; et, lorsqu'ils me sont transmis par la succession de mon père, ils me sont propres naissans paternels.

Si l'office qui m'étoit propre est supprimé par un édit, et que, par ce même édit, le Roi en crée d'autre qu'il donne, par forme d'indemnité, à ceux dont les offices sont supprimés, ce nouvel office aura, par sa subrogation, la qualité de propre qu'avoit l'office supprimé, et cette qualité de propre qu'avoit mon office, dans le dernier instant qu'il a cessé d'exister, a pu passer au nouvel office qui, dans le même instant, m'a été donné pour m'en tenir lieu.

Il en seroit autrement si mon office ayant été supprimé purement et simplement, à la charge de pourvoir, par la suite, à l'indemnité des particuliers, le Roi, *ex intervallo*, en créoit d'autres et qu'il m'en donnât un pour mon indemnité, il ne pourra plus, en ce cas, y avoir lieu à la subrogation; car la qualité de propre qu'avoit mon office ayant péri avec lui, elle ne peut plus passer à un autre. Le nouvel office ne me tient pas lieu immédiatement de l'autre, qui m'étoit propre, puisqu'il s'est passé un intervalle depuis qu'il a cessé d'exister. Il me tient lieu seulement de l'indemnité qui m'étoit due.

SECTION III.

Des propres fictifs établis par les articles 94 de la coutume de Paris, et 351 de celle d'Orléans.

Les articles 94 de la coutume de Paris et 351 de celle d'Orléans, ont établi une espèce de propres fictifs, en décidant que les deniers provenans du rachat des rentes propres des mineurs remboursées durant leur minorité, ou l'emploi de ces deniers, auroient même nature de propre dans la succession desdits mineurs qui décéderoient en minorité, que celle qu'avoient lesdites rentes. Voici les termes de la coutume de Paris : *Rentes constituées à prix d'argent sont réputées immeubles jusqu'à ce qu'elles soient rachetées. Toutefois, au cas que celles qui appartiennent aux mineurs soient rachetées pendant leur minorité, les deniers de rachat ou le remploi d'iceux en autres rentes ou héritages, sont censés de même nature et qualité d'immeubles qu'étoient les rentes ainsi rachetées pour retourner aux parens du côté et ligne dont les rentes étoient procédées.* La coutume d'Orléans ajoute : *Et le semblable aura lieu* pour deniers procédans de la vente d'héritages des mineurs. Cette disposition, qui a été ajoutée aux coutumes de Paris et d'Orléans lors de leur réformation, a été prise de la jurisprudence des arrêts, et par conséquent forme un droit commun dans tout le pays coutumier.

Le motif de cette disposition a été de conserver les biens des familles contre les fraudes des tuteurs qui pourroient procurer le rachat des rentes des mineurs qui seroient propres d'une autre ligne que de la leur, pour en frustrer les parens de cette autre ligne dans la succession du mineur, au cas qu'il vînt à décéder.

§. I. De la nature des propres fictifs établis par l'article 94 de la coutume de Paris.

Les propres fictifs établis par l'article 94 de la coutume de Paris, sont une espèce de propres de subrogation ; mais cette subrogation est bien différente de la subrogation parfaite dont nous avons parlé ci-dessus.

1° La subrogation parfaite ne donne la qualité de propres qu'aux choses qui en sont susceptibles; celle-ci donne cette

qualité à des choses mobilières, telles que sont les deniers provenus du rachat des rentes des mineurs.

2° La subrogation parfaite ne transfère la qualité de propre qu'à l'immeuble que nous avons immédiatement pour et au lieu de notre immeuble propre : celle-ci donne cette qualité aux choses que le mineur n'a que médiatement à la place de la rente propre qui lui a été remboursée.

3° La qualité de propre que donne la subrogation parfaite a tous les mêmes effets qu'ont les véritables propres et la même durée. Au contraire, la qualité de propre que donne l'article 94 de la coutume de Paris, n'a d'effet que pour le seul cas de cet article, et s'éteint à la majorité, ainsi que nous le verrons par la suite.

§. II. Quelles choses sont propres par la disposition de l'article 94 de la coutume de Paris.

Non-seulement les deniers qui proviennent du rachat de la rente propre du mineur sont censés propres dans sa succession lorsqu'ils sont encore existans, le remploi qui en a été fait en autres héritages ou rentes, c'est-à-dire les héritages ou rentes qui auroient été acquises de ses deniers, ont la même qualité. C'est ce qui est porté en termes exprès par la disposition de l'article ci-dessus rapporté.

Est-il nécessaire pour cela qu'il ait été fait déclaration par le contrat d'acquisition dudit héritage ou rente, que le prix provient des deniers du rachat de la rente propre, qui a été remboursée au mineur ? Il est évident que cela n'est pas nécessaire ; autrement il ne tiendroit qu'au tuteur, en ne faisant point de déclaration, d'empêcher cette subrogation de propre ordonnée par la coutume, et par ce moyen, la disposition de la coutume, faite principalement pour empêcher les fraudes des tuteurs, deviendroit illusoire. C'est pourquoi dans ce cas, quoiqu'il n'ait été fait aucune déclaration, les héritiers aux propres du mineur auront droit de prétendre dans les acquêts de la succession du mineur, faits depuis ledit rachat, le montant de la somme dudit rachat, pour tenir lieu de l'emploi des deniers.

Je ne crois pas néanmoins qu'il soit indifférent de faire ou de ne pas faire, lors de la première acquisition qui se fera depuis le rachat, une déclaration que cette acquisition est faite des deniers dudit rachat. Lorsque cette déclaration est faite,

je pense que c'est cet héritage déterminément qui est subrogé à la rente propre qui a été rachetée, en telle sorte que l'héritier aux propres ne peut pas prétendre autre chose pour le remploi de ladite rente propre, et qu'il le prend pour le prix qu'il a été acquis, soit que depuis il ait augmenté ou diminué; et s'il est entièrement péri, c'est pour le compte de l'héritier aux propres, qui n'a point en ce cas de remploi à prétendre dans la succession du mineur.

Que si au contraire il n'a été fait aucune déclaration lors des acquisitions qui ont été faites depuis le rachat, en ce cas, je pense que le remploi accordé par la coutume à l'héritier aux propres n'est déterminément d'aucun corps d'héritages, mais consiste seulement dans le droit de prendre la somme à laquelle monte le rachat. Les acquêts faits depuis ledit rachat, qui se trouveroient dans la succession du mineur, seront délivrés à l'héritier aux propres en paiement du rachat qui lui appartient, eu égard à leur valeur au temps du partage, et non point au prix pour lequel ils auroient acquis, parce que c'est la somme plutôt que le corps d'héritage qu'il a droit de prétendre pour ledit remploi. D'où il suit pareillement que si quelqu'un desdits acquêts est péri, cette perte ne tombera point sur cet héritier aux propres, pourvu qu'il en reste assez d'autres pour le remplir de la somme qu'il a droit de prétendre pour ledit remploi.

Cela doit surtout avoir lieu dans le cas où, lors de la première acquisition qui a été faite depuis le rachat de la rente, le tuteur auroit eu d'autres fonds du mineur à employer, qui auroient pu servir à faire ladite acquisition sans les deniers de rachat. Il est évident, en ce cas, que le remploi de ses deniers ne peut être déterminé précisément à l'héritage qui a été acquis le premier depuis le remploi, puisqu'il est incertain si c'est des deniers dudit rachat, ou des autres fonds du mineur qu'il a été acquis.

Dans le cas où il ne paroîtroit pas que, lors de la première acquisition faite depuis le rachat de la rente propre, il y eût eu d'autres fonds à employer que les deniers dudit rachat, qui eussent pu servir à ladite acquisition sans les deniers dudit rachat; il y auroit plus de fondement à soutenir que le remploi desdits deniers devroit consister déterminément dans cet héritage premier acquis, encore qu'il n'y eût point de déclaration faite. Néanmoins, même en ce cas, je pencherois à décider que

le remploi des deniers du rachat n'est point fait faute de déclaration déterminée à aucun corps d'héritage. Cette décision, en établissant une règle uniforme, prévient des procès auxquels pourroient donner lieu les questions de fait, s'il y avoit ou non, lors de la première acquisition, d'autres fonds qui aient pu servir à la faire, que ceux du rachat de la rente.

L'héritier aux propres aura-t-il le choix des meilleurs acquêts, pour le remploi qui lui est dû du rachat de la rente propre? Je ne pense pas qu'il doive avoir ce choix. Je pense plutôt que le commissaire au partage doit, entre les différens acquêts, lui délivrer plutôt ceux faits dans le temps le plus voisin du rachat, que ceux faits dans le temps le plus éloigné, parce qu'encore que son remploi ne soit déterminé à aucun, il est plus naturel de choisir ceux qui le plus vraisemblablement sont provenus des deniers de son propre. S'ils ont été faits à peu près dans le même temps, je crois qu'on le doit payer en acquêts, qui ne sont ni les meilleurs ni les plus mauvais.

Quid, si le tuteur n'a fait aucun emploi des deniers provenus du rachat de la rente propre, mais les a dissipés? en ce cas, l'action qu'a le mineur contre son tuteur pour s'en faire faire raison, lui tenant lieu de ses deniers, c'est cette créance du mineur contre le tuteur qui, dans sa succession, doit être prise par l'héritier aux propres pour le remploi de ladite rente.

Quid, si les deniers du rachat ont été employés à acquitter les dettes du mineur? En ce cas, la libération de ces dettes tenant lieu de remploi, l'héritier aux propres fera confusion sur lui de la part qu'il auroit portée desdites dettes, si elles se fussent trouvées extantes lors du décès du mineur, et il se fera payer du surplus par les héritiers des autres biens, qui se trouvent d'autant plus libérés par les deniers provenus du rachat de la rente propre.

Que si c'étoit à l'acquittement d'une rente foncière, ou à la libération d'une charge réelle, comme d'un droit de servitude, que les deniers provenus du rachat de la rente propre eussent servi, en ce cas, n'y ayant que les héritiers du patrimoine dont est l'héritage qui étoient chargés de cette rente foncière, ou charge réelle, qui profitent de cette libération, ils seront tenus du remploi envers l'héritier de la ligne d'où procédoit l'héritage vendu, ou la rente qui a été amortie, dont les deniers du rachat ont procuré cette libération. Et si la rente foncière, ou charge réelle, étoit à prendre sur des héritages de

la même ligne, d'où procédoit la rente remboursée, en ce cas, l'héritier aux propres du côté et ligne, qui profite seul de l'emploi fait des deniers du rachat de cette rente, n'auroit aucun remploi à faire.

Les profits et droits de centième denier, dus pour les héritages d'une succession échue au mineur, sont bien des charges réelles de ces héritages; mais comme ils sont principalement une dette personnelle du mineur, qui contracte cette dette en acceptant la succession, et que s'ils se trouvoient encore dus au décès du mineur, tous ses héritiers en seroient tenus, il s'ensuit que si les deniers du rachat de la rente propre ont servi à les acquitter, le remploi de ces deniers dus à l'héritier de la ligne d'où procède cette rente, doit être à la charge de tous les héritiers, de la même manière que nous l'avons dit cidessus.

Si les deniers de la rente propre ont servi à libérer l'hypothèque de l'héritage du mineur, hypothéqué à la dette d'un tiers, dont le mineur n'étoit point lui-même personnellement tenu; en ce cas, l'action de recours que le mineur a acquise par ce paiement contre les vrais débiteurs de cette dette, tient lieu d'emploi des deniers du rachat de cette rente, et doit être dans la succession déférée à l'héritier de la ligne d'où procédoit la rente comme y étant subrogée. Que, si les débiteurs sont insolvables, en ce cas, on doit faire consister le remploi des deniers du rachat, non dans l'action de recours qu'à le mineur contre ses débiteurs, qui, au moyen de leur insolvabilité, n'a rien de réel qui résulte de la libération de l'héritage; mais dans l'hypothèque que ces deniers ont procurée, qui est quelque chose de réel, et qui est de même prix que la somme qui a été employée, le bénéfice de cette libération ne se trouvant que par-devers les héritiers du patrimoine dont est cet héritage libéré, ils doivent être seuls tenus du remploi envers l'héritier de la ligne d'où procédoit la rente, dont les deniers du rachat ont servi à libérer leur héritage.

Au reste, l'héritier du patrimoine dont l'héritage libéré fait partie, n'est tenu du remploi du rachat de la rente propre, que subsidiairement, et à défaut de ce qu'on pourroit retirer de l'action de recours, qui, ayant été acquise véritablement des deniers de cette rente, doit, jusqu'à concurrence de ce qu'on en peut retirer, tenir lieu de l'emploi du rachat de la rente propre. La libération de l'hypothèque de cette dette ne con-

tient aussi un avantage au profit de l'héritier du patrimoine dont est l'héritage libéré, qu'à proportion de ce dont le débiteur est insolvable : car l'avantage de la libération de l'hypothèque de cette dette doit se mesurer sur le préjudice qu'auroit causé cette hypothèque à l'héritier qui auroit succédé au mineur à cet héritage, s'il n'eût pas été libéré. Or, cette hypothèque ne lui auroit causé aucun préjudice, jusqu'à concurrence des sommes qu'il auroit pu recouvrer du débiteur par la cession d'action qu'il se seroit fait faire en libérant lui-même son héritage, s'il ne l'eût pas déjà été. L'hypothèque, dont l'héritage étoit chargé, ne pouvant donc faire de préjudice que pour raison, et jusqu'à concurrence de la somme qui n'auroit pu être recouvrée du débiteur, il s'ensuit que la libération de cette hypothèque n'est un avantage que jusqu'à cette concurrence : d'où il suit que l'héritage libéré ne doit être chargé du remploi des deniers du rachat de la rente propre qui ont servi à sa libération que jusques à concurrence, et que le remploi doit se prendre pour le surplus sur l'action de recours que le mineur a acquise contre les débiteurs de la rente acquittée, à laquelle l'héritage étoit hypothéqué.

Si les deniers du rachat de la rente propre avoient servi à faire les réparations d'un héritage du mineur, l'amélioration dudit héritage étant l'emploi des deniers, ce seroit sur cet héritage que l'héritier de la ligne d'où procédoit la rente devroit prendre le remploi desdits deniers du rachat. Par conséquent, ce seroit l'héritier du patrimoine d'où est cet héritage qui seroit seul tenu dudit remploi ; et si cet héritage étoit de la même ligne que la rente rachetée, il n'y auroit point de remploi à prétendre.

Néanmoins, s'il paroissoit que le tuteur du mineur, héritier présomptif de ses meubles et acquêts, eût fait l'emploi de ce rachat aux réparations des propres d'un autre ligne que la sienne, à dessein de jeter sur cette autre ligne le remploi desdits deniers, pendant que lesdites réparations, au lieu d'être faites de ses deniers, auroient pu être faites des revenus desdits héritages, ou même des deniers du prix du mobilier du mineur que ce tuteur avoit entre ses mains, et qui naturellement devoient servir auxdites réparations; je pense qu'en ce cas, le décès du mineur venant à arriver, l'héritier aux propres pourroit être fondé à prétendre que, nonobstant l'emploi fait par le tuteur, le remploi des deniers de rachat de la rente

propre fût pris sur la succession des meubles et acquêts du mineur, et non sur l'héritage propre qui en auroit été réparé.

S'il n'avoit été fait aucune déclaration de l'emploi des deniers du rachat de la rente propre, que depuis ce rachat il eût été fait plusieurs acquisitions d'héritages ou de rentes par le mineur, et qu'il eût été fait aussi des amortissemens de rentes constituées ou foncières par le mineur; en ce cas, la succession des propres du mineur doit-elle contribuer pour ce qu'elle profite desdits amortissemens avec la succession aux acquêts dudit mineur, au remploi des deniers dudit rachat? Je le pense ainsi; car étant incertain, faute de déclaration, si ce sont les acquêts plutôt que les amortissemens, ou les amortissemens plutôt que les acquêts, qui aient été l'emploi des deniers dudit rachat, il est raisonnable de les prendre proportionnellement sur l'un et l'autre de ces deux objets.

Ce que la coutume de Paris a décidé pour le prix du rachat des rentes propres du mineur, doit-il s'étendre aux prix des héritages et autres immeubles propres? On peut dire pour la négative que ce droit établi par l'article 94 de la coutume de Paris, étant un droit singulier, ne doit point être étendu; que cet article a été fait pour empêcher les fraudes qu'il seroit facile de commettre a l'égard des rentes dont on peut faciliter le remboursement pour engager à le faire; que n'y ayant pas lieu de craindre de pareilles fraudes à l'égard des héritages des mineurs, qui ne peuvent se vendre que pour de justes causes, la raison qui a fait décider que le prix du rachat des rentes seroit conservé à la ligne d'où elles procèdent ne se rencontre point à l'égard des héritages, et qu'ainsi on ne doit point étendre aux héritages ce qui n'est ordonné que pour les rentes.

Nonobstant ces raisons, il n'est pas douteux que ce que la coutume a décidé pour les rentes a pareillement lieu pour les héritages, et autres immeubles des mineurs.

La coutume d'Orléans s'en explique formellement à la fin de l'art. 351, qui est tiré mot à mot de celui de la coutume de Paris; et comme les commissaires, qui ont réformé notre coutume et y ont inséré cet article, sont les mêmes que ceux qui, quatre ans auparavant, avoient réformé celle de Paris, il y a lieu de penser que ce qu'ils ont ajouté à la fin de notre article, qui est le même mot à mot que celui de Paris, doit également servir d'explication aux deux coutumes dont la disposition est la même.

Le retour en deniers qu'a reçu le mineur par le partage d'une succession immobilière, ce qu'il a touché du prix de la licitation d'un héritage adjugé à son cohéritier, étant le prix du droit que le mineur avoit dans la succession immobilière, et par conséquent le prix d'un propre, doit, aux termes de nos coutumes, être réputé propre de même nature qu'auroient été les immeubles de cette succession dans celle de ce mineur, s'il décède mineur.

Que si le mineur, par le partage des meubles et immeubles d'une succession, a eu sa part en meubles de ladite succession, ces meubles, jusques à concurrence de la part qu'il auroit dû avoir dans les immeubles de cette succession, doivent-ils être regardés comme le prix de ces immeubles, et par conséquent comme propres? Non, car suivant l'effet rétroactif qu'on donne aux partages, il n'est pas censé avoir jamais succédé à autre chose qu'aux meubles qui sont tombés dans son lot. Ils ne lui tiennent donc pas lieu d'autre chose dans l'espèce présente, quoique par le même effet rétroactif du partage le cohéritier du mineur soit censé de même avoir immédiatement succédé à tout l'immeuble qui lui est avenu par la licitation, à la charge du retour envers le mineur; en telle sorte que le mineur soit censé n'avoir jamais eu part dans ces immeubles. Néanmoins, comme ce retour est par sa nature le prix d'un droit à une succession immobilière, et par conséquent d'un propre, il se trouve compris dans la disposition de nos coutumes.

Nos coutumes doivent-elles s'étendre aux propres conventionnels des mineurs, dont il sera parlé en la section suivante? Par exemple un mineur, comme héritier de sa mère, est créancier de son père de 10,000 liv. que sa mère avoit stipulées propres à ceux de son côté et ligne. Cette créance est un propre maternel conventionnel, qui auroit appartenu, dans la succession de ce mineur, aux parens de la ligne maternelle. Le père a rendu compte à son fils mineur, et lui a payé cette somme de 10,000 liv. qu'il lui devoit. Cette somme provenant du paiement de cette créance sera-t-elle réputée dans la succession du mineur, décédé depuis en minorité, propre maternel, ainsi que l'auroit été cette créance si elle n'eût point été acquittée? La jurisprudence a décidé cette question pour l'affirmative. La raison en est que *tantùm fictio debet operari in casu ficto, quantùm veritas in casu vero*, et que par conséquent

les deniers provenus des propres fictifs reçus par le mineur durant sa minorité, ne doivent pas moins conserver la qualité de propres que ceux provenus des propres réels. Autrement le survivant seroit toujours le maître d'éluder l'effet des réserves de propres, en faisant ou faisant faire à ses enfans des paiemens simulés de ses reprises qui ne lui coûteroient guère à faire, puisque, étant tuteur, les deniers retournent en ses mains.

Les deniers provenus du prix des propres des interdits conservent-ils leur qualité de propres dans la succession de l'interdit décédé durant son interdiction, comme il est décidé à l'égard de ceux provenus du prix des propres du mineur? Les auteurs sont partagés sur cette question. Renusson et Duplessis tiennent l'affirmative, et elle a été différemment jugée par arrêt. On peut dire, pour l'affirmative, que la même raison sur laquelle est fondée la disposition de nos coutumes pour les deniers du prix des propres des mineurs milite également à l'égard des interdits; qu'ainsi, *ubì eadem ratio, idem jus statuendum est.* Cependant il paroît que la dernière jurisprudence est pour la négative. On cite un arrêt qui l'a jugé ainsi contre la dame d'Argouges, au mois de mars 1699. On l'avoit jugé de même en 1696, par un arrêt rapporté par Lemaître; mais en 1609 et en 1690, on avoit jugé pour l'affirmative.

La raison qu'on peut apporter pour la négative, est que cette disposition de la coutume renferme une attention particulière qu'elle a eue à l'intérêt des mineurs, suivant que nous l'avons expliqué au commencement de cette section : quoique les interdits soient très-dignes de la protection des lois, et qu'ils jouissent de plusieurs avantages accordés aux mineurs; néanmoins on ne peut pas douter que les mineurs qui font l'espérance d'un Etat, ne méritent encore une plus grande faveur que les interdits : c'est pourquoi on ne peut pas tirer en argument pour les interdits tout ce que les lois ont établi en faveur des mineurs.

§. III. Quel effet ont les propres fictifs.

La coutume dit que les deniers du rachat sont censés de mêmes nature et qualité d'immeubles qu'étoient les rentes ainsi rachetées, pour retourner aux parens du côté et ligne dont lesdites rentes étoient procédées.

Elle fait suffisamment entendre que le cas qu'elle a eu en vue, en établissant cette fiction, et en transférant aux deniers

du rachat la qualité qu'auroient les rentes, a été la succession du mineur, et qu'elle a voulu conserver dans cette succession aux parens du côté et ligne qui auroient succédé à la rente, les deniers qui en sont provenus. Le cas de la fiction établie par la coutume étant donc le cas de la succession du mineur, ainsi qu'elle s'en exprime directement, et étant de principe que les fictions ne doivent avoir d'effet que pour les cas pour lesquels elles sont faites, il s'ensuit que les deniers provenus du rachat des rentes propres des mineurs ne doivent avoir la nature et qualité fictives de propres, que la coutume leur donne, que pour le cas de la succession du mineur, pour y faire succéder les parens de la ligne d'où procédoit la rente.

Ces deniers, ou le remploi d'iceux, ne doivent donc point avoir tous les effets de véritables propres : d'où il suit, 1° que si l'héritier aux propres, qui, dans la succession, succède à ces deniers comme à des propres, est marié, ces deniers ne laisseront pas de tomber comme quelque chose de mobilier en la communauté conjugale, qui est entre cet héritier et sa femme; car ces deniers ne sont réputés propres qu'à l'effet qu'il y succède. Dès l'instant qu'il y a succédé, on ne doit plus considérer en eux que leur vraie nature de meubles, et comme tels, ils doivent tomber en communauté.

De là il suit, 2° que si le mineur lui-même, qui auroit dans son coffre les deniers provenus de ce rachat, venoit à se marier sans les stipuler propres, ils tomberoient en la communauté qu'il contracteroit avec sa femme comme un pur mobilier.

Ceci fait naître une question : Si le mineur, qui fait entrer en sa communauté conjugale les deniers du rachat de sa rente propre, vient ensuite à décéder en minorité, les héritiers de la ligne d'où procédoit la rente auront-ils à prendre dans sa succession le total du prix de ce rachat, ou seulement la moitié? Il semble d'abord qu'ils ne peuvent en prétendre que la moitié, parce que la femme du mineur en ayant acquis par la communauté conjugale la moitié, il ne reste plus que l'autre moitié dans la succession du mineur.

Néanmoins il y a lieu de décider que les héritiers du mineur sont en droit de prétendre le total du rachat dans la succession du mineur. La raison en est que la communauté n'est pas un titre gratuit. Si la femme du mineur a acquis la moitié des deniers du rachat du mineur, le mineur a acquis à la place la moitié de ce que la femme a apporté, ou fait entrer par ses

soins en la communauté, ce qui lui tient lieu d'emploi, lequel, aux termes des coutumes, est aussi bien propre que les deniers mêmes. C'est pourquoi, quoique la moitié des deniers du rachat que la femme du mineur a acquis ne se trouve plus dans la succession du mineur, se trouvant à la place autre chose qui tient lieu de l'emploi, le total du prix du rachat est censé y être, et peut être prétendu par l'héritier de la ligne d'où l'héritage procédoit.

Du principe que nous avons établi que la qualité de propres fictifs que la coutume donne aux deniers du rachat, n'a d'effet que pour la succession du mineur, il s'ensuit qu'il n'en doit point avoir pour le droit de disposer, et que le mineur, parvenu à l'âge de tester, pourra disposer par testament de ce propre fictif. Il suit encore que les deniers du rachat de cette rente étant saisis par les créanciers du mineur, se distribueront comme un pur mobilier.

Il suit encore que l'héritage acquis de ces deniers, ne sera point sujet au retrait lignager s'il est vendu par le mineur.

§. IV. Quand s'éteignent les propres.

Les propres fictifs s'éteignent de deux manières. 1º Par la consommation de la fiction, c'est-à-dire, lorsqu'elle a eu son effet, et que les parens de la ligne d'où procédoit la rente remboursée, ou l'héritage aliéné, ont succédé au propre fictif du mineur.

Que si le parent a succédé à un immeuble acquêt du mineur qui tenoit lieu d'emploi des deniers du rachat de la rente, cet immeuble sera sans doute propre en la personne de l'héritier du mineur, puisque c'est un immeuble qu'il a eu à titre de succession; mais sera-ce un propre naissant qui ne montera pas plus haut que la personne du mineur qui l'a acquis? Ou sera-ce un propre de la même ligne d'où étoit la rente dont il tient lieu d'emploi? Il semble qu'il doit être un propre naissant en la personne de cet héritier dont l'origine ne remonte pas plus haut que la personne du mineur de la succession duquel il l'a eu; car cet héritage est effectivement un acquêt de ce mineur: c'est lui qui l'a mis dans la famille; il n'y a pas été auparavant lui. Si la coutume le réputoit propre ancien, de la même ligne dont étoit la rente rachetée qu'il a remplacée, c'étoit par une fiction qui n'est établie que pour la succession de ce mineur, qui ne doit par conséquent avoir d'effet que pour cette succession, et qui, ayant eu son effet, cesse et doit faire place à la vérité.

D'un autre côté, on dit qu'un propre n'est autre chose qu'un immeuble échu *jure familiæ*, et par conséquent le propre d'une telle ligne est celui qui nous est échu *jure talis familiæ*. Par exemple, *jure familiæ avi paterni*, ou bien *proaviæ maternæ*. Or, il est vrai, et il n'est pas nécessaire de donner pour cela un nouvel effet à la fiction, que l'héritier du mineur tient cet héritage *jure familiæ*, d'où procédoit la rente rachetée, et par conséquent il doit être en sa personne un propre de cette ligne.

La réponse est que ce principe est faux. Ce qui constitue la nature du propre avitin, du propre ancien, est son origine. Un héritage est propre de la ligne de mon bisaïeul paternel, non pas parce que j'y ai succédé *jure talis familiæ*, *jure familiæ proavi paterni*; mais parce qu'il me vient originairement de mon aïeul paternel par une suite de successions non interrompues. C'est pourquoi dans l'espèce présente, quoique j'aie succédé au mineur à l'héritage dont il est question, *jure talis familiæ, putà, jure familiæ proavi paterni*, parce que par une fiction établie pour la succession de ce mineur, cet héritage étoit représentatif d'une rente qui venoit originairement de mon bisaïeul paternel; il n'étoit point subrogé à la rente qui en venoit par une fiction dont l'effet fût perpétuel, tel que celui dont nous avons traité section précédente, mais il ne l'étoit que pour la succession de ce mineur; il s'ensuit que cet héritage n'est point en ma personne un propre avitin, mais un simple propre naissant.

Si l'héritier qui a succédé au mineur aux deniers représentatifs de la rente propre rachetée, a été lui-même mineur, et décède par la suite en minorité, la fiction continuera-t-elle à avoir lieu en sa succession? Lalande sur notre coutume, et Brodeau sur celle de Paris, tiennent la négative. Les raisons de leur sentiment se présentent d'abord. C'est pour la succession du mineur, dont la rente qui a été rachetée étoit le propre, que la coutume a établi sa fiction. Elle est consommée aussitôt qu'on a succédé à ce mineur, et ne doit donc plus avoir d'effet, *fictio semel jungitur*. Ces deniers, dans la personne de l'héritier qui a succédé au mineur, ne sont point à son respect le prix d'aucun immeuble, d'aucun propre qu'il ait eu, puisqu'il ne succède effectivement qu'à des deniers; et par conséquent, quoique cet héritier soit lui-même mineur, et décédé mineur, il semble que dans sa succession ils ne peuvent plus

être réputés propres. Néanmoins il paroît que le sentiment contraire a prévalu, et que la fiction se perpétue, lorsque l'héritier qui a succédé au mineur aux propres fictifs, est lui-même mineur, et décédé mineur. La raison en est qu'autrement l'intention de la loi seroit souvent éludée, quand, par exemple, il y a plusieurs frères mineurs qui se succèdent les uns aux autres.

2° Les propres fictifs dont il est ici question, s'éteignent par la majorité du mineur, quoique la fiction n'ait point eu son effet, et on ne doit point faire à cet égard de distinction entre les deniers provenus du rachat de la rente et les immeubles acquis de ces deniers.

Lalande d'après Brodeau prétend que, quoique le mineur soit parvenu à la majorité, néanmoins le propre fictif doit durer au respect du tuteur, si le mineur devenu majeur décède avant que son tuteur lui ait rendu compte; mais ce sentiment, que Lalande a emprunté de Brodeau, n'est fondé sur aucune raison suffisante, et n'a point été suivi.

§. V. Si la subrogation établie par l'art. 94 de la coutume de Paris, et l'art. 351 de celle d'Orléans, s'étend à autre chose qu'à la qualité de propre.

L'esprit général du droit coutumier est de conserver les biens dans les familles. C'est conformément à cet esprit, pour conserver contre les fraudes des tuteurs le bien des différentes familles dans la succession des mineurs, qu'elle a voulu que les deniers du rachat des rentes des mineurs fussent censés de même nature et qualité qu'étoient les rentes. Elle exprime l'intention qu'elle a eue; car elle ajoute, *pour retourner aux parens du côté et ligne dont les rentes étoient procédées.* Elle fait assez connoître par ces termes, que ce qu'elle s'est proposé par cette disposition, est que le bien d'une ligne du mineur ne passe point à une autre ligne, et que le bien de chaque famille lui soit conservé.

De là naissent plusieurs questions. On demande si les deniers du prix de l'héritage féodal du mineur aliéné durant sa minorité, ou d'une rente inféodée rachetée durant sa minorité, doivent dans sa succession être censés non-seulement propres de la même ligne d'où procédoit l'héritage ou la rente, mais aussi bien nobles que l'étoit l'héritage ou la rente, en telle sorte que les mâles doivent succéder à ces deniers à l'exclusion des filles, comme ils auroient succédé à l'héritage ou à

la rente. On peut dire pour l'affirmative que la coutume a voulu conserver la succession des biens des mineurs aux personnes qui doivent y succéder, et prévenir les fraudes des tuteurs; que la fraude que commettroit un tuteur qui seroit, par exemple, le beau-frère d'un mineur, en procurant le rachat d'une rente inféodée du mineur, parce que la succession présomptive des biens nobles de ce mineur regardoit les frères de ce mineur, à l'exclusion de la femme du tuteur, sœur du mineur, n'étoit pas une moindre fraude que celle d'un tuteur qui procureroit le rachat des rentes d'une autre famille que la sienne; qu'on doit croire que la loi a eu également intention de prévenir l'une et l'autre, et que par conséquent la succession des deniers provenus du prix de l'héritage, ou de la rente noble, doit être déférée, non-seulement aux seuls parens de la ligne dont l'héritage ou la rente procédoit, mais aux seules personnes qui auroient succédé à l'héritage où à la rente, c'est-à-dire, aux seuls mâles à l'exclusion des filles. On peut ajouter que si la coutume n'eût voulu faire passer aux deniers du rachat que la seule qualité de propres, elle ne se seroit pas servie de termes généraux et indéfinis, tels que ceux dont elle s'est servie; mais elle auroit dit déterminément, *sont réputés propres*. Ces termes généraux, *de même nature et qualité*, comprennent non-seulement la qualité des propres, mais toutes les autres qualités qui peuvent se considérer dans les successions, comme de biens nobles, de biens roturiers, et les deux termes dont la coutume s'est servie, *de nature et qualité*, paroissent indiquer deux différentes choses, l'une la qualité de propre, et l'autre de bien noble ou roturier. Pour la négative, on dira que la coutume exprime par ces termes, *pour retourner aux parens du côté et ligne*, qu'elle a eu en vue de conserver l'intérêt de chaque ligne, de chaque famille, dans la succession du mineur, et non pas l'intérêt de chaque personne; que pour cela elle a voulu que la même nature d'immeuble, et la même qualité de propre de ligne qu'avoit la rente qui a été rachetée, et qui en affectoit la succession à une certaine famille, passât aux deniers du rachat, et en affectât la succession à la même famille; que les termes, *de même nature et qualité*, ne sont point des termes généraux et indéterminés, qui comprennent la qualité de biens nobles ou roturiers, aussi bien que celle de propres de ligne, puisqu'ils sont limités et

déterminés par ces autres termes, *pour retourner aux parens du côté et ligne*, qui suivent immédiatement ceux-ci, *de même nature et qualité*, et qui font suffisamment comprendre que la coutume n'entend parler que de la nature d'immeubles, à l'effet d'exclure ces deniers de la succession mobilière, et de la qualité de propres de la ligne d'où la rente procédoit, à l'effet d'affecter la succession de ces deniers aux parens de cette ligne. Ce dernier sentiment me paroît le plus conforme à l'esprit de la coutume. On peut appliquer les mêmes raisons de part et d'autre à la question du cas inverse, qui est de savoir si l'héritage féodal, qui tient lieu du remploi du prix d'une rente ou autre bien roturier, doit être dans la succession de ce mineur déféré aux mâles, suivant la nature du bien féodal, ou partagé entre les mâles et les filles, comme l'auroit été la rente dont il tient lieu d'emploi. Il faut, conformément à la décision de la question précédente, décider qu'il sera déféré aux mâles suivant la nature du bien féodal.

On demande si, dans notre coutume d'Orléans, qui défère la succession de la nue propriété des acquêts immeubles aux frères et sœurs du défunt, préférablement à l'aïeul, les deniers du rachat d'une rente, acquêt du mineur, doivent être censés conserver la qualité d'immeubles, pour que les frères et sœurs du défunt succèdent à la nue propriété desdits deniers, préférablement à l'aïeul qui est héritier du mobilier. Je ne le pense pas, par les raisons que nous avons déjà alléguées, que la coutume qui n'a d'autre objet que d'empêcher que les biens d'une famille passent à l'autre, n'a entendu parler dans sa disposition que des rentes propres de ligne; c'est ce qui résulte formellement des derniers termes de l'article, *pour retourner aux parens du côté et ligne dont lesdites rentes étoient procédées.* C'est donc des rentes qui sont procédées d'une ligne dont il est question dans cette disposition, et elle ne doit pas être étendue aux rentes acquêts.

Il nous reste une question. Lorsque le mobilier du mineur a servi à acquitter ses dettes mobilières auxquelles, suivant la coutume de Paris, les héritiers du mineur des différentes lignes auroient contribué, si elles ne se fussent pas trouvées acquittées, l'héritier au mobilier du mineur pourroit-il prétendre contre les autres héritiers des autres lignes le remploi de ce mobilier, pour la portion dont ils auroient été tenus des dettes qui en ont été acquittées, et dont leur patrimoine

s'est trouvé libéré de la même manière que nous avons dit que cela s'observoit, lorsque les deniers du rachat d'une rente propre auroient servi à acquitter les dettes? Non, 1° parce que c'étoit la destination naturelle du mobilier de ce mineur de servir à acquitter ces dettes. 2° Parce que la coutume a bien ordonné que le prix des rentes et des héritages de chaque famille qui seroient aliénés ou remboursés, seroit conservé à la famille d'où ils procédoient; mais elle n'a rien ordonné de semblable à l'égard du mobilier, et l'esprit de notre droit français est de faire peu d'attention au mobilier.

SECTION IV.

Des propres conventionnels.

Les propres conventionnels sont ceux qui sont formés par les conventions.

Les conventions qui les forment sont les stipulations qu'on a coutume d'insérer dans les contrats de mariage, qu'une certaine somme de deniers que l'un des futurs conjoints apporte en mariage lui sera propre.

La clause qu'une certaine somme sera employée en achat d'héritages, équipolle à la stipulation de propres suivant l'art. 351 de notre coutume. Il faut observer que ce n'est que par forme d'exemple que notre coutume parle en cet article d'une somme donnée par père et mère, et que la décision auroit pareillement lieu dans le cas où un étranger fourniroit la dot sous cette clause, et même dans le cas où une personne, qui se marieroit *de suo*, stipuleroit qu'une certaine somme qui lui appartient seroit employée en achat d'héritages.

La simple destination d'emploi en achat d'héritages, ainsi que la simple stipulation de propres, lorsqu'on ne donne pas plus d'étendue à cette clause, n'ont d'autre effet que d'exclure la somme de la communauté, et de donner au conjoint et à ses héritiers une action de reprise de cette somme. Mais cette action n'est propre que de communauté, et elle n'est considérée dans la personne des enfans auxquels elle a passé par la succession du prédécédé des deux conjoints qui avoit fait la stipulation, que comme une somme mobilière à laquelle le survivant leur succède comme leur héritier au mobilier.

Exemple. Si un homme a stipulé qu'une somme de 10,000 livres lui seroit propre, et qu'elle seroit employée en achat d'héritages, et qu'il meurt sans que l'emploi ait été fait, laissant un enfant, lequel meurt ensuite, la mère de cet enfant lui succèdera à cette action de reprise qu'il avoit à exercer.

Que si cela étoit stipulé à l'égard des deniers de la femme; qu'il y eût par le contrat de mariage de la femme une destination en achat d'héritages, et qu'elle fût décédée avant que l'emploi en eût été fait, laissant un enfant, on a douté si le père survivant pouvoit succéder à son enfant à l'action de reprise de cette somme. L'ancienne jurisprudence étoit qu'il ne le pouvoit, parce que, s'il eût fait l'emploi de la somme en un héritage, il n'auroit pas succédé à cet héritage, qui seroit devenu un propre naissant maternel en la personne de l'enfant; il paroissoit que sa négligence à exécuter une des clauses du contrat de mariage, ne devoit pas rendre sa condition meilleure, et lui procurer la succession de cette somme. Mais cette jurisprudence a changé, et on pense aujourd'hui qu'il peut succéder à cette action de reprise, et que la destination d'emploi n'a d'autre effet que d'exclure la somme de la communauté, et ne forme aucun empêchement de la part du mari.

Il en seroit autrement si le mari s'étoit formellement obligé par le contrat de mariage à en faire l'emploi; car, de l'inexécution de cet engagement contracté par le mari envers la famille de sa femme, il doit résulter des dommages et intérêts, lesquels consistent à donner aux parens maternels dans la succession de l'enfant, la reprise des deniers dont le mari s'étoit obligé de faire l'emploi, pour les dédommager et tenir lieu des héritages auxquels ils auroient succédé, si le mari avoit satisfait à son obligation.

Les stipulations de propres, et les destinations en achat d'héritages, peuvent recevoir une plus grande étendue par l'addition de ces termes, *aux siens*, ou bien *à ses hoirs*, ou bien *à ses héritiers*. *Putà*, s'il a été ainsi stipulé, *le surplus des biens des futurs leur sera propre et aux leurs*, ou bien *ladite somme sera employée en achat d'héritages, qui seront propres à la future et aux siens.*

L'effet de cette addition est non-seulement d'exclure de la communauté le mobilier ainsi réservé, mais de faire de l'action de reprise de cette somme, en la personne des enfans

qui y auront succédé, un propre fictif auquel lesdits enfans se succèderont les uns aux autres, à l'exclusion de leur père ou mère survivant.

Au reste ces termes de *siens*, *hoirs* ou *héritiers*, ne comprennent que les enfans. C'est pourquoi ils n'empêchent point le survivant de succéder au dernier mort de ses enfans à cette action de reprise.

Que si on ajoute ces termes, *à ceux de son côté et ligne*, cette stipulation de propre aura encore une plus grande étendue, et comprendra les parens collatéraux du conjoint qui a fait la stipulation ; c'est pourquoi s'il prédécède, le survivant ne succèdera pas même au dernier mort de ses enfans à cette action de reprise; ce seront les parens de ses enfans du côté du prédécédé, qui y succéderont.

Les stipulations des propres qui se contiennent dans le premier degré, et n'ont d'autre objet que d'exclure de la communauté conjugale la somme réservée propre, peuvent se faire non-seulement par les contrats de mariage, mais par de simples actes de donations entre-vifs, ou par des testamens ; car chacun étant le maître de prescrire telle loi ou telle condition que bon lui semble à sa libéralité, *unusquisque quem voluerit modum liberalitati suæ apponere potest;* il s'ensuit que celui qui donne, soit entre-vifs, soit par testament, à quelqu'un une somme d'argent, peut valablement stipuler que cette somme sera propre au donataire, c'est-à-dire, qu'elle n'entrera point dans la communauté conjugale du donataire; pourvu que, si c'est par acte entre-vifs, la stipulation se fasse par l'acte même, ou du moins dans l'instant même de la donation, car le donateur entre-vifs se dessaisissant dans l'instant même de la donation, ne peut plus par la suite prescrire de loi à ce qui n'est plus à lui.

En est-il de même des stipulations de propres, qui ont plus d'étendue, et qui vont à changer l'ordre des successions; ces stipulations, que la faveur des mariages a fait admettre, peuvent-elles se faire aussi par de simples actes de donations entre-vifs, ou par des testamens? Quelques-uns de nos auteurs ont pensé que cela se pouvoit, par la raison ci-dessus alléguée, que chacun peut prescrire telles conditions qu'il veut à sa donation ; mais le sentiment contraire, qu'on m'a assuré prévaloir, est plus régulier. Il est vrai que chacun peut prescrire telles conditions que bon lui semble à ce qu'il donne, mais pourvu

que cette condition ne donne point atteinte à l'ordre public, qu'il n'est pas permis aux particuliers de déranger. Or, les successions sont d'ordre public. Il n'est point donné au pouvoir d'un donateur, ni d'un testateur, d'intervertir l'ordre de la succession de son donataire ou légataire, par rapport à la somme qu'il lui donne : *privatorum enim cautione legum auctoritati non noceri*, comme dit Papinien en la loi 16, ff. *de suis et legit hæred.*, dans une espèce où il est aussi question de l'ordre des successions. Si, contre cette maxime, notre jurisprudence a admis ces stipulations qui intervertissent l'ordre des successions dans les contrats de mariage, c'est la grande faveur qu'ont parmi nous les contrats de mariage, ce qui les rend susceptibles de toutes sortes de conventions, qui les y a fait admettre; mais cela ne se doit point étendre à d'autres actes.

Ces stipulations, qui intervertissent l'ordre des successions, et que la faveur des contrats de mariage y a fait admettre, sont de droit très-étroit, et ne s'étendent ni d'une personne une autre, ni d'une chose à une autre, ni d'un cas à un autre.

1° Elles ne s'étendent pas d'une personne à une autre. Ainsi la stipulation de propre, qu'une épouse future fait au profit d'elle, des siens, ou de ses héritiers, ne comprend que ses enfans, qui, dans la signification rigoureuse de ces termes, *siens*, *hoirs*, *héritiers*, y sont compris, et ne s'étend point aux collatéraux.

Par la même raison, si un père, en dotant sa fille, *de suo*, a stipulé que les deniers qu'il lui donnoit seroient propres à sa fille, aux siens, et à ceux de son côté et ligne, quoiqu'il y ait quelque raison de présumer que le donateur a voulu conserver cette somme à sa famille plutôt qu'à celle de sa femme qui lui est étrangère, et que, sur ce fondement, quelques arrêts aient jugé que l'action de reprise étoit en ce cas affectée aux seuls parens du côté du donateur, néanmoins le sentiment le plus conforme aux principes, et le plus reçu aujourd'hui, est que cette action de reprise est affectée indistinctement à tous les parens de la fille qui a été ainsi dotée, parce que, suivant le sens rigoureux et grammatical de la clause, ils se trouvent tous indistinctement compris, et que, pour affecter cette action à la seule famille du donateur, il faut autre chose qu'une présomption de sa volonté : ces affections, qui sont de droit étroit, devant être faites en termes formels.

2° Ces stipulations ne s'étendent pas d'une chose à une

autre. C'est pourquoi si j'ai stipulé propre à ceux de mon côté et ligne, le surplus de mon bien, cela s'entend seulement du bien que j'avois lorsque j'ai été marié, et ne s'étend point à ce qui me seroit avenu depuis par succession, donation, etc.

Cela ne s'étend point non plus aux actions de remploi, résultantes de l'aliénation de mes propres que j'aurai faite durant mon mariage, parce que ces actions n'étant nées que lors de l'aliénation, elles n'existoient pas encore lors de la stipulation de propres, qui, dans la signification rigoureuse, ne doit comprendre que le mobilier que j'avois alors.

On peut dire néanmoins en un cas, que les stipulations de propres que je fais du surplus de mon bien à ceux de mon côté et ligne, doivent comprendre les actions de remploi; c'est dans le cas où le surplus de mon bien n'auroit consisté qu'en héritages ou autres immeubles. Comme la signification ne pourroit avoir d'autre effet, dans le cas où je les aurois conservés, puisqu'indépendamment de la stipulation, par leur nature ils auroient été faits propres à mes enfans qui y auroient succédé, on en doit conclure que, dans la stipulation de propres, on a eu en vue le cas où ces héritages seroient aliénés, puisqu'elle ne pouvoit avoir d'effet que dans ce cas; et qu'on a voulu faire un propre fictif de l'action de remploi que produiroit l'aliénation. De ce que les stipulations ne s'étendent pas d'une chose à une autre, il suit pareillement que la stipulation que le mobilier des successions sera propre, ne s'étend point à ce qui avient par donation ou legs, à moins que ces donations ou legs ne fussent faits par des ascendans; car telles donations sont des successions anticipées. Enfin la clause n'a lieu que pour les successions qui arrivent durant le mariage, et non pas pour celles qui écherroient depuis le mariage aux enfans de celle qui a fait la stipulation.

3° Ces stipulations ne s'étendent point d'un cas à un autre. Ce qui est stipulé pour le cas de la communauté ne s'étend point à celui des successions, ni le cas de la succession à celui de la disposition. C'est pourquoi un enfant peut léguer à son père l'action de reprise des deniers dotaux de sa mère, stipulés propres à ceux de son côté et ligne, quoique cette action soit dans la succession un propre fictif maternel; parce que la stipulation n'ayant eu pour objet que le cas de la succession, cette action n'est réputée propre que pour le cas de la succession, et non pour celui de la disposition.

Les propres fictifs s'éteignent, 1° lorsque la fiction a été consommée; si une femme, qui a stipulé propre à elle et aux siens une somme de 9000 liv., a laissé trois enfans, on demande si, dans la succession de celui qui est mort, le second et le troisième enfant qui est resté peut prétendre à l'exclusion de son père, non-seulement le tiers que cet enfant avoit de son chef en cette reprise, mais encore les 1500 liv. qui appartenoient à ce dernier, comme héritier du premier décédé. La raison de douter est que la fiction avoit déjà eu son effet pour les 1500 liv. dans la succession du premier décédé; mais il faut néanmoins décider que le dernier survivant doit, à l'exclusion de son père, succéder à ces 1500 liv., parce que, quoique la fiction ait déjà eu son effet à l'égard des 1500 liv. dans la succession du premier décédé, néanmoins elle n'a pas eu tout son effet, elle n'a pas été consommée; l'intention de la femme ayant été de conserver à ses enfans et au dernier survivant d'eux toute cette somme, la fiction n'est point consommée tant qu'il reste encore un enfant. Que si la stipulation avoit été faite à ceux du côté de ligne, la fiction ne seroit consommée qu'après que les collatéraux auroient succédé à cette fiction, à l'enfant dernier survivant.

2° Le propre fictif s'éteint par l'extinction des reprises ou remploi, auxquels cette qualité est attachée.

Cette extinction arrive, 1° par le paiement, lorsque le conjoint, qui étoit le débiteur de la reprise, l'a payée à ses enfans, à qui elle étoit due; 2° par l'acceptation que l'enfant créancier de cette reprise fait de la succession du survivant qui en étoit le débiteur, le concours des deux qualités de créancier et de débiteur, qui, par cette acceptation, se réunissent en ce cas en sa personne, éteignent l'action de reprise.

Au reste, dans ces deux cas, le propre n'est éteint que lorsque l'enfant est décédé majeur; car, s'il décède mineur, les deniers provenans du paiement de ce propre ou l'emploi d'iceux, tiennent lieu dans la succession du propre même, comme nous l'avons déjà vu en la section précédente; et lorsqu'il a accepté la succession du survivant, qui en étoit le débiteur, les biens de la succession du débiteur tiennent lieu d'emploi de la somme qui lui étoit due.

FIN DU TRAITÉ DES PROPRES.

TRAITÉ

DES

DONATIONS TESTAMENTAIRES.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Les donations testamentaires sont celles qui sont faites par testament.

Le testament est la déclaration qu'une personne fait, selon la forme prescrite par la loi, de ses dernières volontés sur la disposition qu'elle entend faire de ses biens après sa mort.

Cela revient à cette définition des instituts : *Testamentum est justa voluntatis sententia de eo quod post mortem suam quis fierit velit.*

Par le droit romain, il y a différence entre testatament et codicile. Le testament est l'acte qui contient l'institution d'héritier. Les codiciles sont des actes qui ne contiennent aucune institution d'héritier, mais seulement des legs et fidéicommis. Selon nos coutumes, qui n'ont point admis l'institution d'héritier, il n'y a aucune différence entre testamens et codiciles, et les testamens ne sont parmi nous autre chose que ce qui est appelé par le droit romain codicile.

Néanmoins, selon l'usage ordinaire de parler, nous appelons ici testament l'acte qui contient les principales dispositions du défunt, et codiciles, les actes par lesquels il y a ajouté quelques autres dispositions : mais cette différence n'est que dans les mots, et il n'y

a aucune différence, selon notre droit coutumier, entre testament et codicile.

Nos testamens n'étant, selon notre droit coutumier, autre chose que ce qu'étoient par le droit romain les codiciles *ab intestat*, il suit de là qu'une personne peut faire plusieurs testamens, qui sont tous valables, en ce qu'ils ne contiennent rien de contraire.

CHAPITRE PREMIER.

De la forme des testamens.

Le testament est un acte qui appartient au droit civil, et qui, pour être valable, doit être fait selon les formes prescrites par les lois.

ARTICLE PREMIER.

Des règles générales sur les formes de testamens.

Il y a différentes formes de faire les testamens, qui sont autorisées par les lois du royaume.

Elles ont toutes cela de commun, 1° que chaque personne qui veut faire son testament, en quelque forme qu'elle le fasse, le doit faire séparément, et non point conjointement avec une autre personne; c'est ce qui est établi par l'ordonnance de 1735, qui, article 77, abroge et défend l'usage des testamens mutuels, soit par mari et femme, soit par d'autres personnes.

Le motif de cette loi paroît avoir été afin que les testateurs eussent plus de liberté, et ne fussent pas exposés aux suggestions de la personne avec qui ils feroient conjointement leur testament.

L'ordonnance excepte les actes de partage entre enfans et descendans, lesquels, dans les pays où ils sont en usage, article 17, peuvent se faire par les père et mère conjointement, article 77.

Elle déclare aussi n'entendre *rien innover à l'égard des donations mutuelles pour cause de mort...., suivant la réserve portée par l'art.* 46 *de l'ordonnance de* 1731. Cet article, auquel cette ordonnance renvoie, parle des dons mutuels et autres donations faites entre mari et femme.

Cette disposition peut se rapporter aux testamens mutuels qui se font dans la coutume de Dunois entre mari et femme. Il y a d'autant plus lieu de décider que ces testamens ont continué d'être valables depuis l'ordonnance, que par cette coutume il n'est pas permis à un mari et à une femme de se donner autrement que par testament mutuel; de manière que si le testament mutuel leur étoit interdit, ils ne pourroient plus

user du droit que la coutume leur accorde de se donner; mais les dispositions faites à des tiers par ces testamens doivent être déclarées nulles depuis l'ordonnance.

Les formes de tester ont, 2° de commun, que le testament, pour être valable, doit être rédigé par écrit; c'est la disposition de l'article 1er de l'ordonnance de 1735 : *Toutes dispositions testamentaires seront faites par écrit.* Cet écrit n'est pas seulement requis pour la preuve de ces dispositions, mais il appartient même à la forme de la disposition; c'est pourquoi l'ordonnance rejette la preuve par témoins des dispositions qui ne seroient pas par écrit, quelque modique que fût la somme dont le défunt auroit disposé.

C'est, 3° une règle commune à tous les testamens, qu'ils ne peuvent se faire par signes; l'ordonnance, article 2, les déclare nuls, encore qu'ils eussent été rédigés par écrit sur lesdits signes : les signes ont paru quelque chose de trop équivoque pour autoriser des dernières volontés déclarées de cette manière.

Il y a deux formes de testament, celle du testament olographe, et celle du testament solennel; on peut encore ajouter celle du testament militaire, et celle du testament fait en temps de peste. Les testamens, pour être valables, doivent être faits suivant quelqu'une de ces formes.

L'ordonnance de 1735, article 3, déclare expressément nulles les dispositions testamentaires qui seroient faites par lettres missives.

ARTICLE II.

Du testament olographe.

§. I. Ce que c'est, et où a-t-il lieu?

Le testament olographe est celui qui est entièremeut écrit et signé de la propre main du testateur.

Le testament olographe est admis dans tout le pays coutumier. A l'égard des provinces régies par le droit écrit, l'ordonnance de 1735 dit qu'il sera admis dans les provinces où il étoit en usage avant l'ordonnance.

Dans cette variété de lois touchant le testament olographe, doit-on suivre celle du domicile du testateur, ou celle du lieu où le testament olographe a été écrit? En faveur de celle du domicile on dit, qu'en fait de formalités d'actes, la règle est qu'on suit la loi du lieu où l'acte se passe; mais cette règle, dit-on, n'a lieu que pour les actes solennels qui sont faits par

personnes publiques, ces personnes devant se conformer à la loi et au style du lieu où elles sont personnes publiques. Le testament olographe est plutôt un testament dispensé de solennités, qu'un acte solennel, à l'égard duquel la règle ci-dessus citée ne reçoit, par conséquent, aucune application; c'est pourquoi c'est plutôt la loi du domicile du testateur qui doit décider si le testament olographe doit être admis ou non, puisque c'est la loi qui gouverne sa personne et a empire sur la personne qui seule peut le dispenser des solennités des testamens, en lui permettant d'en faire un olographe dans le particulier; d'où il suit que, lorsque le testateur est domicilié dans un pays où la loi permet l'usage des testamens olographes, il en peut faire un quelque part où il se trouve, et qu'au contraire, il n'en peut faire nulle part si la loi de son domicile qui régit sa personne ne lui permet pas.

On dit, au contraire, pour la coutume du lieu où le testament olographe a été passé, que c'est mal à propos qu'on restreint aux actes reçus par personnes publiques la règle qui décide que les formes des actes se règlent par la loi du lieu où ils ont été passés, que cette règle doit avoir lieu à l'égard de tous les actes sujets à quelques formes, soit qu'ils soient faits par des personnes publiques, soit qu'ils soient faits par des particuliers, et par conséquent qu'elle doit avoir lieu à l'égard des testamens olographes qui ne sont pas, simplement, comme on le dit, des testamens dispensés des formes, mais des testamens d'une forme particulière; l'obligation imposée au testateur de les écrire en entier de sa propre main, de les dater et signer, étant une véritable forme; ce dernier sentiment paroît autorisé par un arrêt du 14 juillet 1722, rapporté au septième volume du Journal des audiences, qui a déclaré nul un testament olographe fait en Italie.

§. II. De la forme intrinsèque du testament olographe.

La loi ne requiert rien autre chose touchant sa forme, sinon qu'il soit entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur. Ordonnance de 1735, art. 20. Un seul mot qui seroit écrit d'une autre main rendroit ce testament nul, quand même ce mot seroit superflu dans le testament; car on ne pourroit dire que le testament est *entièrement écrit* de la main du testateur, ce qui est de la forme essentielle de ce testament; c'est ce qui a été jugé pour le testament de la dame Berroyer, qui

avoit fait légataire universel son beau-frère, par un testament écrit de sa main dans lequel le terme de *beau* se trouvoit écrit en interligne d'une autre main; la Cour, après avoir ordonné une vérification par experts, déclara le testament nul.

Observez néanmoins que, pour qu'un interligne écrit d'une autre main viciât le testament, il faudroit qu'il fût constant qu'il en fît partie, *putà* par l'approbation que le testateur auroit faite de l'interligne; autrement il seroit au pouvoir d'un tiers en la possession duquel un testament tomberoit, de détruire ce testament en y insérant quelque interligne, ce qui ne doit pas être.

A plus forte raison, un testament écrit d'une main tierce seroit-il nul quoique daté et signé de la main du testateur, et quoique chaque disposition fût apostillée de sa main par ces mots : *Bon pour une telle somme.*

Si le testament contenoit plusieurs dispositions qui fussent chacune datées et signées, et que l'une d'elles ne fût pas entièrement écrite de la main du testateur, les autres ne laisseroient pas d'être valables; car ce sont comme autant de testamens dont la nullité de l'un ne doit pas entraîner la nullité des autres par la règle *utile per inutile non vitiatur. Secùs*, si toutes étoient souscrites par une seule signature.

La date que l'ordonnance requiert pour le testament olographe est celle du jour, du mois et de l'année qu'il est fait, art. 38. Il est mieux d'écrire cette date en lettres; ce ne seroit pas néanmoins une nullité si elle étoit écrite en chiffres, n'y ayant aucune loi qui le défende.

La signature doit être à la fin de l'acte, parce qu'elle en est le complément et la perfection.

C'est pourquoi si le testateur avoit, après et au bas de sa signature, écrit de sa main quelque disposition qu'il n'eût pas signée, cette disposition non signée seroit nulle. Il n'est pas, à la vérité, nécessaire de signer chacune de ces dispositions, et la signature du testateur qui est en fin du testament, confirme toutes les dispositions du testament qui la précèdent; mais cette signature ne peut se référer à ce qui est écrit après, ni par conséquent le confirmer.

L'expression du lieu où le testament olographe a été fait n'est pas nécessaire pour sa validité, puisqu'aucune loi ne requiert cette expression.

Les interlignes ne sont pas défendus dans un testament olo-

graphe; il suffit qu'ils soient reconnus pour être de la main du testateur pour mériter foi.

Les ratures qui se trouvent dans un testament olographe n'annullent que la disposition qui se trouve raturée; toutes les autres ne laissent pas de subsister.

Si même dans une disposition il y avoit quelques mots de raturés qui ne fussent pas essentiels, ces ratures n'empêcheroient pas la validité même de la disposition où elles se trouveroient (arrêt du 11 juillet 1716); mais si c'étoit le nom de la chose ou de la somme léguée, ou celui de la personne à qui le legs est fait qui fût raturé, il est évident que la disposition ne devroit pas être valable.

Toutes ces décisions sont indistinctement vraies lorsqu'on peut lire ce qui est raturé; mais lorsque les ratures sont telles qu'on ne peut rien lire de ce qui est raturé, la partie raturée peut quelquefois donner lieu à faire infirmer tout le testament; savoir, lorsque le testament étoit en la possession de celui au profit de qui il étoit fait, et qu'on pût soupçonner que ce soit lui qui ait fait les ratures; car comme ce qui est raturé pouvoit contenir une révocation ou limitation des dispositions non raturées, la volonté du testateur, même à l'égard des dispositions non raturées, ne se trouvant point certaine, le testament ne doit point avoir effet, même à l'égard de ces dispositions. Il y a apparence que c'étoit l'espèce de l'arrêt de 1621, cité par les auteurs, qui a infirmé pour le tout un testament dans lequel il y avoit plusieurs ratures, quoique non lisibles: hors ce cas, les ratures, quoique non lisibles, ne doivent point donner atteinte aux parties du testament qui se peuvent lire, suivant les lois 2 et 3, ff. *de his quæ in testamen. delent*

§. III. De la forme extrinsèque.

Nous avons vu ce qui appartenoit ou non à la forme intrinsèque et substance du testament olographe; il est de plus sujet à des formes extrinsèques, pour que ceux au profit de qui il est fait puissent former en conséquence action en justice pour la délivrance de ce qui leur est légué.

Ces formes sont, 1° l'acte de dépôt qui doit s'en faire chez un notaire par la personne qui se trouve porteur du testament.

Cet acte est, en un cas, requis pour la validité du testament; savoir : lorsque le testateur a fait profession religieuse, son testament olographe est nul s'il ne l'a déposé et reconnu

par-devant notaire avant l'émission de ses vœux solennels; ordonnance de 1735, art. 21; ce qui est ordonné pour empêcher que des religieux ne fissent des testamens depuis leur profession, qu'ils antidateroient du temps avant leur profession.

Hors ces cas, le dépôt du testament n'est pas requis pour la validité du testament, et ce dépôt ne se fait que pour qu'il en demeure une minute dont on puisse donner des expéditions à tous ceux qui ont intérêt au testament. C'est pour cette raison qu'on a coutume de déposer des testamens olographes; il n'importe que ce soit avant ou depuis la mort du testateur que ce dépôt se fasse, ni par qui il se fasse.

Il est défendu aux curés qui reçoivent des testamens d'en délivrer des expéditions, à peine de nullité : c'est pour cela qu'il leur est enjoint de les déposer chez un notaire incontinent après la mort du testateur, s'ils ne l'ont fait auparavant (ordonnance de 1735, art. 26).

2° Le contrôle et l'insinuation qui doivent se faire du testament appartiennent aussi à la forme extrinsèque : ces formes ne sont pas requises pour sa validité, mais seulement en faveur du fisc : c'est pourquoi la demande en délivrance de legs faite en vertu d'un testament ni contrôlé, ni insinué, n'en est pas moins valable, mais celui qui l'a donnée, les procureurs qui ont agi sur une pareille demande sont exposés à des condamnations d'amende.

3° Il faut qu'il soit reconnu par les héritiers pour être écrit et signé de la main du testateur, ou que sur leur refus de le reconnoître, l'écriture soit vérifiée par des experts.

Lorsque le testateur l'a reconnu lui-même de son vivant par-devant les notaires chez qui il en a fait le dépôt, pour être entièrement écrit et signé de sa main, je pense qu'il ne faut pas d'autre reconnoissance.

Les actes de dépôt et de reconnoissance sont, comme nous l'avons dit, des actes extrinsèques au testament : c'est pourquoi, quand il s'y trouveroit quelque défaut, cela ne donneroit aucune atteinte au testament.

ARTICLE III.

Du testament solennel en pays coutumier.

§. I. Exposition générale des formalités du testament solennel en pays coutumier.

Les différentes coutumes requéroient différentes solennités pour les testamens, auxquelles l'ordonnance de 1735, art. 22, a dérogé. Elle a ordonné que, dans tous les pays où les formes du droit écrit n'étoient pas établies, il n'y auroit plus que deux formes de faire un testament; la forme du testament olographe dont il a été parlé en l'article précédent, et celle du testament reçu par personnes publiques.

Les solennités de ce dernier consistent, 1° en ce qu'il doit être reçu par deux notaires ou par un notaire avec deux témoins. Les autres personnes publiques qui, par la coutume du lieu, ont qualité pour recevoir des testamens, peuvent les recevoir à la place d'un notaire.

Dans les actes ordinaires, on tolère qu'un notaire signe en second un acte reçu par son confrère, auquel il n'a pas été présent; mais lorsqu'un testament est reçu par deux notaires, il est indispensable que les deux notaires y soient présens. Le testament seroit déclaré faux s'il étoit prouvé que l'un des notaires l'eût signé sans être présent, et le notaire seroit très-punissable.

Les témoins qui sont appelés pour la confection du testament doivent être nommés et suffisamment désignés par le testament, de manière qu'on les puisse connoître. Au reste, l'omission de leur qualité ne fait pas une nullité, pourvu qu'ils soient suffisamment désignés d'ailleurs : suivant ces principes, par un arrêt du 31 août 1722, un testament a été confirmé, quoique la qualité des témoins n'eût été exprimée que par ces termes : *principaux habitans de ce village.*

2° Le notaire, ou autre personne publique ayant qualité pour recevoir les testamens, doit l'écrire tel que le testateur le lui dictera, art. 23.

Cet article porte expressément, *lesquels notaires ou tabellions, ou l'un d'eux, écriront;* c'est pourquoi il n'est plus douteux que le testament doit être écrit de la main du notaire ou autre personne publique qui le reçoit, et qu'il ne

suffiroit pas que cette personne publique le fît écrire par un autre et le signât.

3° Il doit, après l'avoir écrit, en faire lecture au testateur, et faire mention expresse de cette lecture, art. 23.

4° Enfin, il doit le signer et le faire signer par les témoins et par le testateur; et au cas que le testateur ait déclaré qu'il ne sait ou ne peut signer, il en doit faire mention.

Toutes les autres formalités requises par les différentes coutumes ne sont plus nécessaires : par exemple, il n'est plus nécessaire d'exprimer que le testament a été dicté et nommé, lu et relu, fait sans suggestion, etc.

Les ratures, quoique non approuvées, qui se trouvent dans les testamens reçus par personnes publiques, ne forment aucun défaut, et ne sont d'aucune considération lorsqu'elles n'intéressent point la disposition (arrêt du 11 juillet 1716, au 6e volume du Journal).

Les interlignes qui s'y trouvent sont regardés comme nuls; mais ne préjudicient pas au surplus du testament.

§. II. De la compétence ou capacité de celui qui reçoit le testament.

Le notaire qui reçoit le testament doit être compétent; il faut pour cela qu'il le reçoive dans l'étendue de la juridiction où il est notaire.

Cependant les notaires des châtelets de Paris, Orléans et Montpellier, pouvant, par un privilége particulier de ces châtelets, recevoir des actes par tout le royaume, ils y peuvent, par conséquent, recevoir des testamens.

Ce privilége est établi par l'art. 463 de notre coutume.

Il n'est pas nécessaire, pour qu'un notaire, quoique subalterne, soit compétent, que le testateur soit domicilié dans le territoire de la juridiction de ce notaire, ni que les biens dont il dispose y soient situés, les règlemens qui défendent à ces notaires de passer des actes pour autres personnes que pour personnes domiciliées dans leur juridiction, ni pour autres biens que ceux qui y sont situés, ayant cessé d'être observés depuis que les offices des notaires royaux établis dans les juridictions seigneuriales ont été débités.

Un notaire, quoique mineur, reçoit valablement un testament, non-seulement lorsqu'il a obtenu du roi une dispense d'âge, mais même lorsque par subreption, et sur un faux extrait baptistaire, il a été reçu notaire; la bonne foi des parties

qui le voient en possession de son état de notaire, rend valables les actes qu'il reçoit, suivant ce qui est décidé en une espèce peu différente en la loi *Babarius Philippus* 3ª ff. *de off. Præt.*

Il en est autrement du testament qui auroit été reçu par un notaire interdit, quand même le testateur auroit ignoré l'interdiction; car il est plus facile d'en avoir connoissance, et ces interdictions sont connues dans le lieu.

Un notaire peut recevoir le testament de ses parens, même de son père, comme il a été jugé par un arrêt rapporté par Le Maître. Il doit être moins suspect que tout autre pour attester les dernières volontés de son père.

Un notaire apostolique n'est pas compétent pour recevoir un testament; car ces notaires ne sont compétens que pour les actes qui concernent la juridiction ecclésiastique : or, les testamens n'appartiennent pas à cette juridiction.

Observez néanmoins que par édit de décembre 1691, le roi a créé des notaires royaux apostoliques, auxquels il a donné le pouvoir, concurremment avec les autres notaires, de recevoir les testamens des gens d'église; mais ce n'est pas en leur simple qualité de notaires apostoliques qu'ils ont ce droit, mais en leur qualité d'officiers royaux, et en vertu de cet édit, qui leur en donne le droit.

Quoique les secrétaires du roi aient le titre de *notaires*, ils ne sont pas compétens pour recevoir des testamens.

L'ordonnance, art. 25, permet aux curés de recevoir des testamens dans l'étendue de leurs paroisses, dans les lieux où la coutume le permet. Notre coutume d'Orléans est de ce nombre.

L'ordonnance le permet même aux curés réguliers; il y avoit une raison de douter, qui est que les réguliers ne jouissant pas de l'état civil, paroissoient devoir être incapables de tous offices civils, et par conséquent de recevoir des testamens. La réponse à cette raison est que les lois, en permettant à ces réguliers de tenir des cures, les rendent capables de toutes les fonctions civiles attachées à leurs qualités de curés.

C'est une question si un curé interdit par le supérieur ecclésiastique peut recevoir des testamens. Pour la négative, on dit, 1º que la puissance ecclésiastique n'ayant aucun empire sur les fonctions civiles, et sur tout ce qui est de l'ordre civil,

l'interdiction prononcée par un juge ecclésiastique ne peut, à la vérité, directement *et per se*, s'étendre à la fonction de recevoir des testamens, qui est une fonction civile, mais qu'elle peut s'y étendre indirectement *et per consequentias*, en ce que la loi civile accordant le droit des testamens aux curés, en leur qualité de curés, et l'interdiction du juge ecclésiastique suspendant le curé de son état de curé, le curé interdit de son état de curé, est indirectement interdit de tout ce qui y est attaché, et par conséquent de la fonction de recevoir des testamens. On ajoute, 2° que les rois ayant accordé aux juges ecclésiastiques une juridiction et le droit de rendre des décrets, ils sont censés leur avoir accordé ce qui en est une suite, savoir, le droit d'interdire, même des fonctions civiles, ceux qu'ils décréteroient; 3° que le curé, quoique décrété par un juge ecclésiastique, devient suspect, et cesse d'être d'une réputation assez entière pour pouvoir faire des fonctions publiques; 4° enfin, on dit que l'ordonnance, en donnant aux desservans le droit de recevoir un testament, suppose assez que le curé interdit ne le peut plus. Telles sont les raisons que M. *** a employées pour prouver qu'un curé interdit par le supérieur ecclésiastique ne pouvoit recevoir des testamens. Il me semble qu'on peut répondre au premier argument qu'il est vrai que la fonction de recevoir des testamens est attachée à la qualité de curé, mais qu'il suit de là seulement que si le curé étoit privé entièrement et déposé de son état de curé par le supérieur ecclésiastique, il seroit indirectement privé du pouvoir de recevoir des testamens; mais l'interdiction ne le privant pas de son état de curé, le suspendant seulement des fonctions spirituelles qui y sont attachées, cette interdiction ne peut s'étendre aux fonctions civiles qui y sont entièrement indépendantes des fonctions spirituelles, et d'un ordre différent. On répond au second que nos rois, en accordant une juridiction aux juges ecclésiastiques, leur ont accordé le droit de prononcer des condamnations et des décrets; mais de même que les condamnations qu'ils prononcent ne doivent pas s'étendre à ce qui est de l'ordre civil, qu'ils ne peuvent en conséquence prononcer des peines qui emportent privation de l'état civil, ni même qui en emportent la moindre diminution, telles que seroient des peines infamantes; de même les décrets qu'ils rendent ne doivent pas s'étendre à ce qui est de

l'ordre civil, et ne peuvent par conséquent suspendre de son état de bonne fame, ni des fonctions civiles, la personne décrétée. Au troisième argument, on répond que les ecclésiastiques étant sujets à deux juges, au civil pour les crimes de l'ordre civil, au juge ecclésiastique pour les délits ecclésiastiques, tant qu'il n'est point décrété par le juge civil, mais seulement par le juge ecclésiastique, il ne peut être juridiquement suspect de crime dans l'ordre civil. Au quatrième argument, on répond qu'on établit des desservans, non-seulement pour le cas auquel un curé est interdit, mais pour cause de démence ou d'infirmité, ou d'absence nécessaire; dans lesquels cas les curés ne pouvant pas faire les fonctions civiles qui leur sont attribuées, non plus que les ecclésiastiques, il étoit nécessaire de les attribuer en leur place aux desservans.

A l'égard du curé décrété de prise de corps, ou seulement d'ajournement personnel, par le juge séculier, il est, en vertu de ces décrets, aux termes de l'ordonnance de 1670, art. 11 du titre 10, incapable de toutes fonctions civiles, et par conséquent de recevoir des testamens.

Il est même exclu des fonctions spirituelles jusqu'à ce qu'il ait purgé son décret, non en vertu de ce décret, *per se*, le juge séculier n'ayant pas le pouvoir de lier; mais les canons, qui excluent d'exercer les fonctions spirituelles tous ceux qui le sont des fonctions civiles, les excluent.

Un curé ne peut recevoir de testamens que sur sa paroisse. Je pense qu'il ne peut aussi, même sur sa paroisse, recevoir de testamens d'autres que de ses paroissiens; car notre coutume dit *le curé du testateur*, ce qui souffre difficulté.

Il n'est pas néanmoins nécessaire que le testateur ait sur cette paroisse un domicile proprement dit; il suffit qu'il y soit résidant.

Il y a plus : lorsqu'une personne se trouve surprise de maladie sur une paroisse où elle ne comptoit que passer, et qu'elle y décède, le curé de la paroisse peut recevoir son testament, ainsi jugé par arrêt du 2 mars 1714, au 6e volume du Journal des audiences.

Un prêtre séculier commis à la desserte d'une cure par l'évêque, a le même droit que le curé pour recevoir des testamens (ordonnance de 1735, art. 25).

Les desservans réguliers n'ont pas ce droit, l'ordonnance n'ayant parlé que des séculiers.

Notre coutume donnoit aussi ce droit aux vicaires, mais l'ordonnance le leur a ôté, art. 25.

Suivant le règlement de quelques hôpitaux, autorisés par lettres-patentes dûment registrées, les chapelains ont droit de recevoir les testamens des personnes qui y sont malades.

Notre coutume, art. 289, accorde ce droit aux chapelains de l'Hôtel-Dieu d'Orléans pour les testamens de ceux qui y seront malades et y décéderont.

La coutume accordant ce droit aux chapelains pour les testamens de ceux qui décéderont à l'Hôtel-Dieu, il paroît s'ensuivre que le testament reçu par un desdits chapelains devient nul lorsque le testateur revenu en santé est sorti de l'Hôtel-Dieu, ce qui peut souffrir difficulté.

L'ordonnance de 1735, art. 25, a conservé ce droit de recevoir des testamens aux chapelains des hôpitaux qui l'avoient.

Les curés ou autres personnes ecclésiastiques qui ont reçu un testament doivent, incontinent après la mort du testateur, s'ils ne l'ont fait auparavant, le déposer chez un notaire du lieu, et ils ne peuvent en délivrer d'expéditions (ordonnance de 1735, art. 26).

Il y a des lieux où les officiers de justice, jusqu'aux greffiers, ont qualité pour recevoir des testamens : dans d'autres, les officiers municipaux ont ce droit. L'ordonnance de 1735, art. 24, confirme ces usages.

C'est une chose commune à tous ceux qui reçoivent des testamens que, pour qu'ils les reçoivent valablement, il faut qu'il ne leur soit fait aucun legs par ledit testament, ni à leurs parens. C'est ce qui résulte de l'art. 63 de l'ordonnance de Blois, qui défend aux curés de recevoir des testamens dans lesquels eux ou leurs parens seroient légataires, ce que la jurisprudence a étendu aux notaires et autres personnes publiques qui reçoivent des testamens, y ayant à l'égard de toutes ces personnes une entière parité de raison.

L'ordonnance, en défendant aux curés de recevoir des testamens où eux ou leurs parens seroient légataires, n'a pas déterminé jusqu'à quel degré de parenté. Il y a un arrêt de règlement du 11 août 1607, qui défend aux notaires de recevoir des actes pour leurs cousins-germains ou autres parens plus

proches : d'où il paroît qu'on doit inférer qu'il leur est défendu de recevoir des testamens dans lesquels leurs cousins-germains seroient légataires. Néanmoins, par arrêt du 6 juillet 1722, rapporté au 7e volume du Journal des audiences, un testament reçu par deux notaires, dont l'un étoit cousin par sa femme du légataire universel, a été confirmé.

Quoiqu'un curé profite indirectement des legs faits à la fabrique de son église pour fondations d'obits, saluts, etc., il ne laisse pas de pouvoir valablement recevoir le testament qui contient quelque legs de cette espèce; car on ne peut regarder ces legs comme faits à lui.

§. III. Quelles personnes peuvent être ou non témoins dans un testament.

Les témoins dont la présence est requise dans les testamens doivent aussi avoir certaines qualités. Comme les testamens appartiennent entièrement au droit civil, et que la fonction de ces témoins est une fonction civile, *officium civile*, il s'ensuit qu'il n'y a que les citoyens qui jouissent de tout leur état civil qui puissent être témoins dans un testament.

C'est pourquoi, 1o les étrangers qui ne sont point naturalisés ne peuvent être témoins dans les testamens.

2o Les religieux ne le peuvent être; car ils ne jouissent pas de l'état civil.

Quand même un religieux auroit été relevé de ses vœux par le Pape, il ne seroit pas capable de cette fonction; car la puissance du Pape, qui est toute spirituelle, et qui ne s'étend point aux choses séculières, ne peut lui restituer la vie civile qu'il a perdue.

Les religieux curés sont aussi incapables de cette fonction; car le bénéfice dont un religieux est pourvu ne lui rend pas la vie civile.

Pourroit-il être témoin au moins dans le testament d'un de ses paroissiens dans les coutumes où il pourroit, en sa qualité de curé, le recevoir? La raison de douter se tire de cette règle de droit, *non debet ei cui plus licet, id quod minus est non licere.* Or, dit-on, c'est quelque chose de plus de recevoir un testament que d'y servir de témoin. Néanmoins, je pense qu'il ne peut y servir de témoin quoiqu'il puisse le recevoir. La raison de différence est que sa qualité de curé ne le

rend capable que des seules fonctions civiles qui sont attachées à sa qualité de curé : c'est pourquoi il peut bien recevoir le testament de son paroissien, parce que c'est en sa qualité de curé qu'il le reçoit; les lois l'y autorisent; mais il ne peut pas y servir de témoin, parce que ce n'est pas en sa qualité de curé qu'il serviroit de témoin. À l'égard de la règle *non debet cui plus licet, etc.*, la réponse est que cette règle souffre beaucoup d'exceptions, et qu'elle n'a pas d'application toutes les fois qu'il se trouve, comme dans cette espèce, disparité de raison.

A l'égard du religieux évêque, l'éminence de la dignité de l'épiscopat lui rend l'état civil, et le rend par conséquent capable de toutes les fonctions civiles.

3° Les novices sont aussi incapables d'être témoins dans les testamens (ordonnance de 1735, art. 41). Quoiqu'ils jouissent encore de la vie civile, qu'ils ne perdront que par leur profession, néanmoins l'habit religieux qu'ils ont pris les sépare du siècle tant qu'ils le portent, et les rend incapables de toutes fonctions civiles et séculières.

4° Ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation, soit par un jugement contradictoire, soit par contumace, sont aussi incapables de faire la fonction de témoins dans les testamens.

5° Ceux qui ont été condamnés à une peine infamante le sont aussi; car quoiqu'ils n'aient pas perdu la vie civile, néanmoins l'infamie les rend incapables de toutes fonctions civiles.

6° Ceux qui sont en décret de prise de corps, ou même d'ajournement personnel, étant incapables de toutes fonctions publiques et civiles, sont aussi incapables de servir de témoins dans les testamens.

Nous avons déjà observé qu'il faut que le décret soit émané d'un juge séculier, celui qui est émané d'un juge ecclésiastique ne pouvant s'étendre qu'aux fonctions spirituelles.

7° Les femmes ne peuvent être témoins dans les testamens (ordonnance de 1735, art. 40); car elles sont incapables de toutes fonctions civiles. *Feminæ ab omnibus officiis civilibus remotæ sunt.* L. 2, ff. *de R. J.* La pudeur de leur sexe, qui ne leur permet pas *in cœtibus hominum versari*, est la raison qui les a fait exclure.

8° Par la même raison, ceux qui ne sont pas suffisamment

âgés ne peuvent servir de témoins dans les testamens. L'ordonnance de 1736, art. 39, fixe à vingt ans accomplis l'âge pour être capable de cette fonction, sauf dans les pays régis par le droit écrit, où il suffit d'avoir l'âge de puberté, c'est-à-dire de quatorze ans accomplis, qui est celui dont le droit écrit se contente pour la capacité de tester.

Outre ceux qui sont incapables des fonctions civiles, il y a encore quelques personnes qui ne peuvent être témoins dans les testamens; savoir : 1° ceux qui ne savent pas signer (ordonnance ne 1735, art. 44), la signature des témoins étant nécessaire pour la solennité du testament en pays coutumier.

2° Les clercs, domestiques et serviteurs de la personne publique qui a reçu le testament (ordonnance de 1735, art. 42).

Au reste, rien n'empêche que les parens de celui qui reçoit le testament y servent de témoins; un testament où le frère du notaire qui l'avoit reçu avoit servi de témoin, a été confirmé par arrêt du 2 décembre 1669, rapporté par Soef. 11, 18, 42.

3° Enfin, ceux à qui il est fait par ce testament quelques legs, soit universel, soit particulier; à plus forte raison ceux qui, dans les coutumes où l'institution d'héritier a lieu, comme dans le Berri, y sont héritiers institués ou substitués (ordonnance de 1735, art. 43).

Au reste, pourvu que ce ne soit point à eux-mêmes qu'il soit fait quelques legs, ils peuvent servir de témoins, quand même il en auroit été fait à leurs enfans, et en cela les simples témoins diffèrent de celui qui a reçu le testament.

ARTICLE IV.

Des formes des testamens et codiciles dans les pays de droit écrit.

Dans les provinces du royaume régies par le droit écrit, il y a deux espèces de testament, le nuncupatif et le mystique.

§. I. Forme du testament nuncupatif.

Le testament nuncupatif se fait de vive voix en présence de sept témoins, le notaire compris, à moins que les statuts particuliers ne se contentent d'un moindre nombre, auxquels le testateur déclare de vive voix ses volontés, lesquelles, à mesure qu'il les déclare, sont rédigées par écrit par le notaire, qui doit ensuite en faire lecture au testateur, et faire mention

de cette lecture; après quoi le testament doit être signé par le notaire et les autres témoins, et par le testateur, le tout sans divertir à autres actes. Si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il en doit être fait mention; art. 5.

La mention que les témoins ont été convoqués n'est pas nécessaire; art. 6.

Lorsque le testateur est aveugle, il faut appeler un huitième témoin qui signe avec les autres; art. 7.

§. II. Forme du testament mystique.

Le testament mystique ou secret se fait en cette forme : Le testateur, après avoir écrit ou fait écrire par un autre ses dernières volontés, qu'il doit signer de sa main, présente à sept témoins, le notaire compris, à moins que les statuts particuliers des lieux ne se contentent d'un moindre nombre, le papier où elles sont contenues clos et scellé, ou le fait clore et sceller devant eux, leur déclare que ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui, après quoi le notaire dresse l'acte de subscription qui doit être écrit sur ledit papier ou sur la feuille qui lui sert d'enveloppe, et cet acte de subscription doit être signé par le notaire, les autres témoins et le testateur, le tout sans divertir à d'autres actes; et si par un empêchement survenu depuis la signature du testament, le testateur ne pouvoit signer, il en sera fait mention; art. 9. Ceux qui ne savent pas lire ne peuvent faire de testament mystique; art. 11.

Mais l'ordonnance permet à ceux qui savent lire, quoiqu'ils ne sachent pas signer, de faire un testament mystique qui ne soit pas signé d'eux, en appelant en ce cas un huitième témoin, qui signera l'acte de subscription, et il doit être fait mention de la cause pour laquelle il est appelé.

Il est clair que ceux qui ne peuvent parler ne peuvent faire de testament nuncupatif; art. 8. Il sembleroit qu'ils n'en pourroient faire de mystique, parce que, selon la forme de ce dernier, le testateur doit déclarer que le papier qu'il présente est son testament, ce que ne peut faire celui qui ne peut parler; néanmoins l'ordonnance permet à ceux qui ne peuvent parler, de faire un testament mystique, à ces conditions, 1° Qu'il faut qu'en ce cas le testateur sache écrire, et que son testament soit écrit en entier, daté et signé de sa main. 2° Qu'il écrive de sa main en présence des témoins, au haut de l'acte de sub-

scription, que le papier qu'il présente est son testament, et qu'il soit fait mention par le notaire que le testateur a écrit ces mots en sa présence et celle des témoins.

§. III. Qualités des témoins dans les testamens, soit nuncupatifs, soit mystiques.

Les témoins qui sont admis à ces testamens doivent avoir les qualités rapportées en l'article précédent, § 3, et tout ce que nous y avons dit reçoit ici son application.

Ils doivent ordinairement savoir écrire puisqu'ils doivent signer.

Néanmoins, comme il ne seroit pas facile de trouver dans les campagnes des témoins qui sussent signer en aussi grand nombre que l'est celui qui est requis pour ces testamens, l'ordonnance, art. 45, permet de se servir dans les testamens qui seront faits ailleurs que dans les villes ou bourgs fermés, de témoins qui ne sachent pas signer, à la charge de faire mention de la déclaration qu'ils auront faite qu'ils ne savent signer, et à la charge qu'il y en aura au moins deux qui signeront.

Il est particulier aux testamens mystiques, qu'on puisse s'y servir de témoins pour l'acte de subscription qui soient légataires, soit universels, soit particuliers; art. 43.

A l'égard de ceux qui sont institués ou substitués héritiers, ils ne peuvent pas plus servir dans les testamens mystiques, que dans toutes les autres espèces de testamens; art. 43.

§. IV. Forme des testamens *inter liberos*, et des codiciles.

Les testamens faits *inter liberos*, c'est-à-dire, qui contiennent, ou un partage que le testateur fait entre ses enfans, ou des dispositions, quelles qu'elles soient, au profit de quelques-uns des enfans ou descendans du testateur, ne sont pas sujets aux formes ci-dessus expliquées; mais ils peuvent être ou simples testamens olographes, même dans les lieux où ces testamens ne sont point admis entre autres personnes, ou faits en présence de deux notaires, ou d'un notaire et de deux témoins; art. 15, 16 et 17.

Si ces testamens contenoient quelques dispositions au profit de quelque autre personne, elles seroient nulles, et il n'y auroit de valables que celles faites au profit des enfans et descendans du testateur; art. 18.

Les codiciles, c'est-à-dire, les actes qui ne contiennent point

l'institution d'héritier, mais seulement des legs ou fidéicommis, ne sont point non plus sujets aux formes des testamens; il suffit qu'ils soient faits en présence de cinq témoins, suivant la loi 8, § *ult. Cod. de codicillis*, ou même d'un moindre nombre lorsque les statuts des lieux s'en contentent; art. 14.

ARTICLE V.

De la forme des testamens militaires et de ceux faits en temps de peste.

Les testamens militaires et ceux faits en temps de peste, ne sont pas assujétis à toutes les formalités des autres testamens.

§. I. Quelles personnes peuvent faire un testament militaire, et dans quelles circonstances.

Il est permis de faire un testament militaire, non-seulement aux officiers et soldats qui servent dans les troupes du roi, mais même à tous ceux qui sont à la suite des troupes ou chez les ennemis, soit à cause de leurs emplois ou fonctions, tels que sont les commissaires des guerres, les aumôniers, les chirurgiens, etc., soit à cause du service qu'ils rendent aux officiers, soit à l'occasion de la fourniture des vivres et munitions; art. 31.

Les officiers, soldats et autres personnes ci-dessus mentionnées, ne jouissent du droit de faire un testament militaire que lorsqu'elles sont, 1° ou en expédition militaire; 2° ou en quartier hors du royaume; 3° ou prisonniers chez les ennemis; 4° ou dans une place assiégée où la communication soit interrompue.

§. II. De la forme des testamens militaires.

Nos testamens militaires ne sont pas absolument dispensés de toutes formes, comme l'étoient ceux des Romains, art. 29.

Dans ces testamens, les majors et officiers d'un rang supérieur, les prévôts d'armées, leurs lieutenans et greffiers, les commissaires de guerre, peuvent tenir lieu de notaires, et le testament militaire peut être reçu, ou par deux de ces officiers, ou par l'un d'eux assisté de deux témoins; art. 27.

Ceux des blessés peuvent être reçus par un aumônier quand même il seroit religieux, ou par un chapelain d'hôpital, en présence de deux témoins; art. 27.

Ce testament doit être signé par le testateur, ou il doit être

fait mention qu'il a déclaré ne pouvoir ou ne savoir signer ; il doit être aussi signé par celui qui l'a reçu, et par les témoins, ou il doit être fait mention que lesdits témoins ont déclaré ne savoir signer; art. 28.

C'est une propriété du testament militaire qu'on peut s'y servir de témoins qui ne savent signer.

Mais cela n'a lieu que lorsque le testateur signe lui-même; art. 28.

C'est encore une propriété du testament militaire, qu'on peut s'y servir pour témoins d'étrangers non naturalisés, pourvu qu'ils ne soient point notés d'infamie; art. 40.

Ceux qui jouissent du droit de faire un testament militaire, peuvent aussi le faire dans la forme des testamens olographes; art. 29.

§. III. Jusqu'à quand sont valables les testamens militaires.

Les testamens militaires qui ne sont pas revêtus des formes des testamens ordinaires, cessent d'être valables six mois après que le testateur est de retour dans un lieu où il peut tester dans la forme ordinaire; art. 32.

§. IV. Des testamens en temps de peste.

En temps de peste, ceux qui se trouvent dans les lieux infectés, soit qu'ils soient malades, soit qu'ils soient en santé, peuvent, en quelque pays que ce soit, se servir de la forme du testament olographe; art 35 et 36.

Ils peuvent aussi, en quelque pays que ce soit, faire leur testament, ou par-devant deux notaires, ou deux officiers de justice royale, seigneuriale ou municipale, jusqu'aux greffiers inclusivement, ou par-devant l'un desdits notaires ou officiers et deux témoins, ou par-devant le curé, vicaire ou autre prêtre chargé d'administrer les sacremens, et deux témoins; art. 35, 36.

Ce qui a été réglé sur la signature, tant du testateur que de ceux qui recevront le testament, et des témoins à l'égard du testament militaire, a pareillement lieu à l'égard de ceux-ci; art. 34.

Les testamens faits en temps de peste contre la forme du droit commun, cessent d'être valables six mois après que le commerce a été rétabli dans le lieu infecté, ou que le testa-

teur a passé dans un lieu où le commerce n'est point interdit; article 37.

CHAPITRE II.

Des différentes dispositions que les testamens renferment, et des vices qui peuvent s'y rencontrer et les annuler.

SECTION PREMIÈRE.

Des différentes dispositions que les testamens renferment.

§. I. De l'institution d'héritier.

Selon le droit romain, la principale disposition qu'un testament doit renfermer est l'institution d'héritier.

L'institution d'héritier est un acte par lequel le testateur nomme une ou plusieurs personnes pour lui succéder en tous ses droits actifs et passifs.

Cette institution est tellement de l'essence du testament, qu'un acte qui ne contient point d'institution d'héritier n'est point un testament, mais un simple codicile.

Elle est tellement de l'essence du testament, que si l'institution se trouve vicieuse, et qu'elle devienne par la suite caduque, aucun de ceux qui ont été institués n'étant héritier, soit parce qu'ils seroient morts avant le testateur ou qu'ils auroient répudié sa succession, le vice ou la caducité de l'institution entraîne la nullité du testament, à moins qu'il n'y eût au testament la clause qu'on appelle codicillaire, par laquelle le testateur déclare que, si son testament ne peut valoir comme testament, sa volonté est qu'il vaille au moins comme un codicille, auquel cas le vice ou caducité de l'institution n'entraîne pas la nullité des autres dispositions contenues au testament, telles que sont les legs et fidéicommis, lesquels sont valables, et l'héritier qui succède *ab-intestat* en est chargé.

Il est aussi de l'essence du testament qu'il contienne l'institution d'héritier des enfans du testateur au moins en quelque partie, ou en quelque chose de la succession, ou leur exhérédation expresse; la prétérition de quelqu'un des enfans du testateur est un vice qui entraîne la nullité de tout le testament, à moins qu'il ne contînt la clause codicillaire; auquel

cas la prétérition n'opère la nullité que de l'institution des héritiers, et de la substitution dont ladite institution auroit été chargée : les autres dispositions du testament ne laissent pas d'être valables en vertu de ladite clause codicillaire (ordonn. de 1735, art. 53).

Tout ceci n'a pas lieu dans nos coutumes; elles ont pour maxime, que l'*institution d'héritier n'a lieu;* elles ne connoissent d'autre héritier que celui que la loi appelle à la succession d'un défunt; elles ne permettent point aux particuliers de se donner à eux-mêmes des héritiers : c'est pourquoi, dans nos coutumes, non-seulement l'institution d'héritier n'est point requise pour la validité des testamens, mais on n'y peut point faire proprement d'institution d'héritier.

Si quelqu'un néanmoins, en pays coutumier, instituoit par son testament un héritier, cette disposition ne seroit pas nulle, mais elle ne vaudroit que comme legs universel; celui qui seroit ainsi institué ne seroit pas héritier, mais seroit un simple légataire universel qui devroit demander la délivrance de son legs à l'héritier appelé par la loi à la succession.

L'ordonnance de 1735 a regardé la loi qui admet l'institution d'héritier, et celle qui la rejette, comme lois réelles qui exercent leur empire seulement sur les choses qui sont situées en leur territoire, à l'égard de toutes personnes, même de celles domiciliées ailleurs. Suivant ce principe, elle décide que, lorsqu'un testateur, quoique domicilié en pays de droit écrit, fait une institution d'héritier, elle ne vaut que comme un legs universel à l'égard des héritages situés dans les pays coutumiers, dont les lois rejettent l'institution d'héritier, ou même comme simple legs particulier, si l'institution étoit faite *ex re certâ, aut ex certâ summâ;* art. 62.

Vice versâ, elle décide que l'institution d'héritier faite par une personne domiciliée en un pays dont la loi rejette cette institution ne laisse pas d'être valable pour les héritages situés dans un pays dont la loi admet cette institution; art. 71.

L'ordonnance ne s'écarte point de ce principe, en décidant par lesdits articles qu'à l'égard des meubles, rentes et autres effets, qui n'ont aucune situation, et qui en conséquence suivent la personne du testateur, l'institution vaut comme institution, ou seulement comme un legs, suivant que le testateur est domicilié dans un pays dont la loi admet l'institution, ou dans un autre dont la loi la rejette; car si c'est cette loi

qui décide, c'est en tant qu'elle est la loi qui régit ces sortes de choses.

Suivant ce principe, que c'est la loi qui régit les choses, qui doit décider si l'institution doit valoir comme institution ou comme un legs, on ne doit faire aucune attention à celle du lieu où le testament est fait; c'est pourquoi l'ordonnance décide que les décisions des art. 68 et 71 ont lieu en quelque endroit que le testament soit fait.

On ne considère point à la vérité, ni le lieu où l'institution est faite, ni le domicile du testateur, pour décider si l'institution doit valoir comme institution, ou seulement comme legs à l'égard des choses qui ont une situation; *contrà*, on fait attention à ces lieux pour décider si le legs universel doit valoir comme institution; car lorsque ce legs est fait dans le pays coutumier par une personne domiciliée au pays de droit écrit, ce legs universel vaut comme institution pour les choses situées en pays de droit écrit, et pour celles qui suivent la personne du testateur; art. 70.

La raison de cet article est, que le domicilié du pays de droit écrit, qui fait un legs universel par le testament qu'il fait en pays coutumier, est présumé vouloir rester suivant l'usage de son pays, et vouloir faire une institution d'héritier; et que s'il s'est exprimé par les termes de légataire universel, c'est par erreur dans les termes.

On fait aussi attention au lieu où se fait le testament, pour la forme dans laquelle doit être faite l'institution de ceux qui ont droit de légitime; car, quoiqu'il ne suffise pas à un domicilié du pays de droit écrit, lorsqu'il fait son testament en pays de droit écrit, de faire des legs à ceux qui ont droit de légitime, la légitime devant être laissée à titre d'institution; néanmoins lorsqu'il fait son testament en pays coutumier, le vice de prétérition ne peut être opposé contre son testament, lorsqu'il a fait à ces personnes des legs, soit universels, soit même particuliers, lesquels legs sont en ce cas favorablement réputés être des institutions d'héritiers, et valent comme institutions, art. 70.

Que si le testateur ne leur avoit rien laissé, le testament seroit nul pour cause de prétérition, mais quant aux dispositions universelles seulement, art. 71.

§. II. Des legs et fidéicommis.

Un legs est une disposition directe que le testateur fait au profit de quelque personne, soit de l'universalité ou d'une quotité de ses biens, soit de quelque chose particulière.

On appelle legs particulier le legs de quelque chose particulière.

On appelle legs universel le legs de l'universalité de ses biens, ou d'une quotité, comme lorsqu'on lègue le tiers, le quart, le vingtième de ses biens.

Les legs d'une certaine espèce de biens, soit pour le total, soit pour une qualité, sont aussi des legs universels, comme lorsqu'un testateur lègue à quelqu'un ses biens meubles, ou le tiers, le quart de ses biens meubles, ou ses acquêts, ou le quint de ses propres, ou des propres d'une telle ligne, tous ces legs sont legs universels, parce que non-seulement l'universalité générale des biens d'une personne, mais l'universalité des biens de chaque espèce, *genera subalterna*, sont des universalités de biens.

Que si quelqu'un avoit légué tous ses biens de campagne, ou tous ses biens de ville, ou tous ses bois, etc., ces legs ne seroient pas des legs universels; car les biens de campagne ou les biens de ville, sont une espèce de choses plutôt qu'une espèce de biens; la division des biens est en biens *meubles*, ou biens *immeubles*, en *acquêts* et *propres* d'une telle ligne, et *propres* d'une telle autre ligne. Mais on n'a jamais divisé les biens, *bona*, en biens de ville ou biens de campagne.

Observez encore que, pour qu'un legs soit universel, il faut qu'il soit fait *per modum universalitatis*. C'est pourquoi, si une personne n'avoit d'autres biens immeubles qu'une seule maison, et qu'il léguât cette maison à quelqu'un, ce legs ne seroit pas un legs universel, parce qu'il est fait *tanquam rei singularis*, et non pas *per modum universalitatis*; pour qu'il fût fait legs universel, il faudroit que le testateur eût légué ses biens immeubles.

Les legs universels diffèrent des legs particuliers, en ce que les légataires universels sont tenus des dettes de la succession à proportion de ce que la part des biens à eux légués est au total de la succession; la raison est que les legs universels sont legs de *biens*, les biens renfermant en soi la charge des dettes, suivant cette maxime, *bona non intelliguntur nisi*

deducto œre alieno. Au contraire, les légataires particuliers ne sont pas tenus des dettes ; la raison est que les legs ayant pour objet, non les biens, ni une quotité de biens, mais des choses particulières, ils ne renferment point la charge des dettes, suivant cette règle, *œs alienum universi patrimonii non singularum rerum onus est;* ils pourroient néanmoins en être tenus indirectement, si le testateur avoit légué en legs particuliers plus qu'il n'avoit, déduction faite de ses dettes.

Les legs universels et les legs particuliers conviennent entre eux en ce qu'ils sont sujets à délivrance; le légataire universel doit, ainsi que les légataires particuliers, demander à l'héritier la délivrance de son legs; car le légataire universel n'est pas héritier.

En cela, le legs même universel diffère de l'institution d'héritier.

Les legs diffèrent des fidéicommis, ou substitutions, en ce que les legs sont faits directement à la personne du légataire, au lieu que les fidéicommis, ou substitutions, sont faits au substitué par l'interposition d'une autre personne à qui le testateur laisse quelque chose en premier lieu, à la charge de le restituer au substitué. Nous traiterons des substitutions dans un titre particulier.

§. III. Des autres dispositions qui peuvent être contenues dans un testament.

Les testamens contiennent aussi assez souvent des dispositions concernant les obsèques du testateur, *putà* sur le lieu où il veut qu'on inhume son corps ou partie, comme son cœur, ses entrailles ; sur la pompe de ses obsèques, *putà* la quantité du luminaire, le nombre des ecclésiastiques, les tentures, etc., sur les prières qu'il ordonne pour le repos de son âme, sur l'épitaphe ou autre monument qu'il veut qu'on lui érige, etc.

Il est du devoir de la personne nommée par le testament, d'avoir soin de faire exécuter toutes ces dispositions, et lorsque le testateur n'a point d'exécuteur testamentaire, c'est l'honneur et la conscience des héritiers qui en sont chargés.

On ne doit néanmoins exécuter ces dispositions qu'autant qu'elles sont raisonnables. C'est la décision de Papinien en la loi 113, §. fin. ff. *de legat.* 1° *Ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam, veluti vestes aut alia supervacua ut in funus impendant, non valere Papinianus scripsit.*

SECTION II.

Des différens vices qui peuvent se rencontrer dans les dispositions testamentaires, et les annuler.

Les vices qui peuvent se rencontrer dans les dispositions testamentaires, et les annuler, sont l'obscurité, l'erreur, la suggestion, les mauvais motifs, certaines conditions qui contredisent la nature des dernières volontés.

ARTICLE PREMIER.

De l'obscurité et de l'erreur.

§. I. Par rapport au légataire.

Une disposition testamentaire est nulle par vice d'obscurité, lorsqu'on ne peut absolument discerner quel est celui au profit de qui le testateur a voulu la faire.

Par exemple, si le testateur avoit deux amis qui eussent l'un et l'autre le nom de Pierre, avec lesquels il eût vécu dans la même union, et qu'il eût légué en ces termes : Je lègue une telle chose à mon ami Pierre, s'il ne se rencontre aucune circonstance qui puisse faire présumer qu'il a voulu léguer à l'un des deux Pierre plutôt qu'à l'autre, aucun des deux ne pourra prouver que c'est à lui que le legs a été fait, ce qui est néanmoins nécessaire pour fonder sa demande, et par conséquent le legs demeurera nul par vice d'obscurité; c'est la disposition de la loi 10, ff. *de reb. dub.*

Par la même raison, la même loi décide que, si le testateur avoit fait des legs à chacun de ces deux Pierre, et qu'ensuite par un codicille, il eût révoqué l'un de ces legs en ces termes : Je révoque le legs que j'ai fait à mon ami Pierre, quoique le testateur n'en ait voulu révoquer qu'un, néanmoins aucun des deux legs n'aura effet, parce qu'étant absolument incertain lequel des deux est révoqué, aucun des deux Pierre ne peut prouver que ce soit à lui à qui le testateur ait voulu persévéramment léguer, ce qui est néanmoins nécessaire pour fonder sa demande.

Que s'il y a quelques circonstances qui puissent faire présumer que le testateur a voulu léguer plutôt à lui qu'à l'autre, comme si l'un des deux lui a rendu des services plus signalés, ou si l'un des deux est son parent, etc., le legs sera valable au profit de celui à l'égard duquel ces circonstances

militeront : *si sit controversia de nomine inter plures, qui probaverit sensisse de se defunctum, admittetur.* L. 33, §. 1, ff. *de condit. et demonst.*

Par la même raison si le testateur a légué à la ville, sans nommer quelle ville, le legs sera valable, et sera présumé fait à la ville où il avoit son domicile. L. 39, §. 1, ff. *de condit. et demonst.*

Pareillement, s'il a légué à l'hôpital sans dire de quelle ville, le legs sera censé fait à celui de la ville où étoit son domicile.

Quid, s'il en a changé depuis le testament? Je pense que c'est à la ville ou à l'hôpital de la ville où étoit son domicile lors du testament; car c'étoit celui-là qu'il avoit en vue lors du testament; il ne pouvoit pas avoir en vue une autre ville, où il ne savoit pas pour lors transférer son domicile.

Il n'est pas nécessaire, pour la validité du legs, que la personne à qui il est fait soit nommée, pourvu qu'elle soit d'ailleurs désignée, et qu'on puisse la connoître.

L'erreur même dans le nom, lorsqu'on ne peut ignorer quelle est la personne à qui le testateur a voulu léguer, n'empêche point le legs d'être valable; comme si un testateur qui n'a qu'une nièce ou qu'une servante qui s'appelle Jeanne, a légué à sa nièce Marie, ou à sa servante Marie, le legs sera valable, et pourra être demandé par Jeanne, quoique le testateur l'ait appelée Marie; car n'y ayant pas d'autre nièce qu'elle, n'ayant pas d'autre servante qu'elle, il ne peut être douteux que c'est à elle à qui il a voulu léguer, et que s'il l'appelle *Marie*, c'est une erreur de nom.

Par la même raison, l'erreur sur ce que le testateur a allégué pour la désignation de la personne à qui il léguoit, ne vicie pas le legs, lorsque la personne d'ailleurs est constante; comme si on léguoit à M. Letrosne, doyen du présidial, le legs ne laisseroit pas d'être valable, quoiqu'il ne soit pas le doyen; si je léguois à un tel, mon bon cousin, ou mon frère, ou d'un tel pays, le legs seroit valable, quoiqu'il ne fût ni mon frère, ni mon cousin, ni du pays exprimé. L. 33 et 34, ff. *de cond. et demonst.* L. 48, §. 3, et 58, §. 1, ff. *de hæred. instit.*

§. II. De l'obscurité ou de l'erreur par rapport à la chose léguée.

De même que, pour la validité du legs, il faut qu'on puisse connoître à qui le testateur a voulu léguer, il faut aussi qu'on puisse connoître ce qu'il a voulu léguer, autrement le legs est

nul, selon cette règle, *quæ in testamento ita scripta sunt ut intelligi non possint, perindè sunt ac si scripta non essent.* L. 73, §. 1, ff. *de Reg. Jur.*

C'est pourquoi, si le testament porte que le testateur lègue à un tel la somme de, etc., et que la quantité de cette somme ne se trouve pas écrite, le legs sera nul, parce que l'on ne peut savoir ce que le testateur a voulu léguer.

Néanmoins, si le testateur avoit exprimé la cause pour laquelle il léguoit cette somme, dont il a omis d'exprimer la quantité, et que cette somme pût s'estimer par sa relation avec la cause pour laquelle elle a été léguée, le legs seroit valable. Par exemple, si quelqu'un a légué à la ville d'Orléans la somme de... pour faire un tel ouvrage, le legs sera valable, et sera réputé être de la somme qu'on estimera que doit coûter cet ouvrage. L. 30, ff. *de leg.* 2° Si on a légué la somme de... de pension viagère pour ses alimens, ou pour son loyer de maison, ou pour son chauffage, le legs sera valable, et sera de la somme à laquelle on estimera que les alimens, ou le loyer de maison, ou le chauffage de cette personne, eu égard à son état, doit monter.

Que si le testateur, de son vivant, faisoit une pension viagère, et que cela parût par son journal, il sera censé lui avoir légué celle qu'il avoit coutume de lui faire. L. 14, ff. *de ann. leg.*

Lorsque ce que le testateur a voulu léguer n'est pas entièrement incertain, et qu'on ignore seulement quelle est celle de deux ou plusieurs choses que le testateur a voulu léguer, comme si celui qui avoit deux ou plusieurs maisons de vignes a légué ainsi : Je lègue ma maison de vignes, sans dire laquelle, le legs sera valable, et il sera en ce cas au choix de l'héritier de donner au légataire celle qu'il voudra. L. 32, et L. 33, §. 1, ff. *de leg.* 1°.

L'erreur sur le nom de la chose léguée n'est d'aucune considération, lorsqu'il est constant quelle chose le testateur a voulu léguer. Par exemple, si j'ai légué ma maison de vignes *de La Cerisaille*, quoique par les titres elle ne s'appelle pas La Cerisaille, mais *La Corne*, le legs n'en sera pas moins valable; *error nominum in scripturâ factus, si modò de possessionibus legatis non ambigitur, jus legati non minuit.* L. 7, §. 1, *Cod. de leg.*

Pareillement, l'erreur sur ce que le testateur a allégué pour la désignation de la chose qui se trouve suffisamment désignée

d'ailleurs, n'est d'aucune considération, comme si j'ai légué ma maison de vignes de La Corne de la paroisse de Saint-Denis, ou mon corps de droit relié en veau; quoique cette maison soit de la paroisse de Saint-Jean-le-Blanc, et non de celle de Saint-Denis, quoique mon corps de droit soit relié en basane et non en veau, le legs n'en sera pas moins valable; car, *falsa demonstratio non perimit legatum*. L. 75, §. 1, ff. *de leg.* 1° *Et quidquid demonstrandæ rei additur satis demonstratæ, frustrà est.* L. 1, §. 8, ff. *de dot. prœleg. Nec solent, quæ abundant, vitiare scripturas.* L. 94, ff. *de R. jur.*

§. III. De l'erreur sur le motif.

L'erreur dans ce que le testateur a allégué touchant le motif qui le portoit à léguer, n'empêche pas le legs d'être valable; par exemple, si le testateur, en me faisant un legs, a déclaré que c'étoit par reconnoissance du soin que j'avois pris de ses affaires, *quia negotia mea curavit*, quoique je n'aie pris aucune part à ses affaires, le legs ne laissera pas d'être valable, l. 17, §. 2, ff. *de condit. et demonst.*, car c'est une règle de droit, *falsam causam legato non obesse veriùs est, quia ratio legandi legato non cohæret.* L. 72, §. 6., ff. *de tit.* Quoique le testateur ait exprimé un faux motif, il n'en est pas moins vrai qu'il m'a voulu léguer ce qu'il m'a légué; et ne paroissant point que sa volonté ait été de faire dépendre le legs qu'il me fait de la vérité des faits qu'il a déclarés, et pouvant avoir eu d'autre motif que celui qu'il a exprimé, ce legs ne peut m'être contesté.

Il en seroit autrement, s'il paroissoit effectivement, par les circonstances, que la volonté du testateur a été de faire dépendre le legs qu'il faisoit de la vérité desdits faits. *Voyez Pand. Justin. tit. de cond. et demonst. n.* 241, *et sequent.*

ARTICLE II.

Des legs faits *ab irato*.

On définit le legs *donatio quædam*, etc. Il est donc de la nature du legs qu'il parte d'une volonté de bienveillance pour la personne à qui il est fait. Tout autre motif par lequel le legs seroit fait, est contraire à sa nature et doit l'annuler. De là on a conclu que toutes les fois que les dispositions d'un testament paroîtroient avoir pour motif, non pas tant la bienveillance du testateur envers les légataires, qu'une haine injuste qu'il avoit

pour ses héritiers, qui le portoit à les priver de sa succession, les dispositions testamentaires devoient être déclarées nulles, comme faites *ab irato*. Il y a dans les livres plusieurs arrêts, qui ont cassé des testamens comme faits *ab irato patre*.

Il est plus facile à des enfans de faire casser le testament de leur père, comme fait *ab irato*, qu'il ne l'est à des collatéraux; comme le penchant et le devoir de la nature porte les pères et mères à laisser leurs biens à leurs enfans plutôt qu'à d'autres personnes, lorsqu'il y a des preuves suffisantes d'une haine injuste et marquée, qu'un père porte à son fils, on peut facilement présumer que c'est cette haine qui a été le principal motif qui l'a porté à laisser ses biens à d'autres auxquels il ne les auroit pas laissés sans cela; au contraire, comme nous ne devons pas nos biens à nos collatéraux, et que l'amitié peut être un aussi puissant motif pour nous porter à laisser nos biens à nos amis, que l'est une parenté collatérale, on ne peut pas conclure que la haine injuste qu'un testateur a portée à ses parens collatéraux, ait été le motif qui l'ait porté à léguer ses biens à d'autres, puisque ceux à qui il les a légués ont pu mériter, indépendamment de cela, l'affection du testateur qui l'a porté à les leur léguer; néanmoins, s'il paroissoit évidemment que le testateur a fait les legs qu'il a faits par un motif de haine contre ses héritiers, quoique collatéraux, comme s'il lui étoit échappé de le déclarer par son testament; par exemple, s'il avoit dit : Je fais tel et tel mes légataires universels, parce que mes héritiers en sont indignes; les héritiers, quoique collatéraux, pourroient faire casser le testament.

Les dispositions d'un testament fait *ab irato*, n'étant cassées qu'à cause de la présomption que c'est la haine qui en a été le motif, il s'ensuit qu'en annulant un testament comme fait *ab irato*, on doit conserver les legs modiques faits à des hôpitaux ou à des domestiques, la présomption étant que le testateur auroit fait ces sortes de legs, quand même il n'auroit pas été fâché contre son fils, et que ce n'est point la haine qu'il portoit à son fils, mais la charité et la reconnoissance, qui ont été les motifs de ces legs.

ARTICLE III.

Des legs faits *pœnæ causâ*.

Du principe que nous avons établi en l'article précédent,

qu'il étoit de la nature des legs qu'ils eussent pour motif principal la bienveillance du testateur envers les personnes à qui ils sont faits, il paroît s'ensuivre que ceux que le testateur fait plutôt et plus principalement par le motif de punir son héritier, que par celui de faire du bien aux légataires, devroient être déclarés nuls.

Par le droit du digeste, ces legs qu'on appeloit *pœnæ causâ relicta*, parce que *magis puniendi et coercendi hæredis causâ, quàm benè faciendi legatario relicta videbantur*, étoient nuls. Voyez le titre du digeste *de his quæ pœn. caus. relinq*. Ulpien apporte pour exemple d'un legs fait *pœnæ causâ*, celui-ci : *si filiam tuam in matrimonio Titio collocaveris, decem millia Seïo dato; Ulp. tit. de leg.* §. 17; parce que, dans cette espèce, le testateur paroît plutôt avoir en vue d'empêcher son héritier de marier sa fille à Titius, et de le punir s'il le fait, que de faire du bien au légataire.

Au reste, il falloit en ce cas examiner avec grand soin quelle avoit été la volonté du testateur, et si effectivement sa vue principale avoit été de punir l'héritier par le legs dont il le grevoit, ou simplement d'apposer une simple condition à ce legs; car, comme dit la loi 2, ff. *de his quæ pœn. caus. pœnam à conditione voluntas testatoris separat.* Justinien a abrogé l'ancien droit, et a admis le legs *pœnæ causâ*, dans le cas où l'héritier feroit ou ne feroit pas quelque chose, pourvu que la chose que le testateur ordonneroit ne fût pas une chose contraire à l'honnêteté publique ou aux lois. L. *un. Cod. de his quæ pœn. caus.*

Je crois que nous devons suivre cette loi de Justinien en ce sens que les legs ne doivent pas être présumés faits *pœnæ causâ*; mais lorsqu'il est évident que le testateur ne fait le legs que *puniendi hæredis causâ*, je penserois que le droit du digeste, comme plus conforme aux principes sur la nature des legs, devroit être suivi.

Ce dont on ne peut douter est que, si le legs dont le testateur a grevé son héritier avoit été fait dans la vue qu'auroit eue le testateur de se mettre au-dessus des lois, et de faire réussir quelque chose que les lois défendent, le legs seroit nul; comme si quelqu'un avoit légué ainsi : Si mon héritier fait une telle contestation à ma femme, je lègue mes biens, ou je lègue telle chose à l'hôpital.

Pareillement, si le legs ou fidéicommis dont un héritier ou premier légataire est grevé, tend à interdire à cet héritier ou premier légataire une chose à l'interdiction de laquelle l'intérêt public ou les bonnes mœurs s'opposent, ce legs ou fidéicommis sera nul, *tanquam pœnæ causâ relictum;* par exemple, s'il avoit été légué quelque chose à une fille, qu'elle eût été chargée de restituer à un tiers, au cas qu'elle se mariât, ce fidéicommis dont elle est grevée, au cas qu'elle se marie, est nul, *commodè statuitur etsi nupserit non esse cogendam fideicommissum præstare.* L. 22, ff. *de condit. et demonst.* La raison est que ce fidéicommis dont cette fille est chargée tend à la détourner du mariage, ce qui est contraire à l'utilité publique.

Cette loi est suivie parmi nous; il y a un arrêt du 25 juin 1716, dans la même espèce, rapporté au sixième volume du Journal des audiences.

Il en seroit autrement du fidéicommis dont seroit grevée une veuve par son mari, dans le cas auquel elle se remarieroit, surtout lorsqu'elle a des enfans de son premier mariage.

ARTICLE IV.

Des legs faits *denotandi causâ.*

Ayant établi pour principe en l'article second, qu'il est de la nature des legs qu'ils soient faits par un motif de bienveillance et d'amitié que le testateur porte au légataire, c'est une conséquence que ceux par lesquels le testateur insulte le légataire à qui il lègue ne sont pas valables; comme si quelqu'un léguoit ainsi : Je lègue telle chose à une telle, qui est la plus grande putain de la ville; c'est la décision de la loi 54, ff. *de leg.* 2° *turpia legata quæ denotandi magis legatarii gratiâ scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur.*

Il en seroit autrement, si un père léguoit ainsi à son fils : Je lègue telle chose à un tel mon fils scélérat, mon fils ingrat; ce legs seroit valable; le testateur n'est pas censé en ce cas avoir donné cette épithète à son fils pour le dénigrer, mais pour lui faire sentir la grandeur de la piété paternelle que le testateur conserve malgré tous ses mauvais déportemens; *illa institutio valet, Filius meus impiissimus hæres esto.* L. 48, §. 1, ff. *de hæred. instit.*

ARTICLE V.

Des legs par motif de pur caprice.

Les legs devant partir d'une juste affection que le testateur porte au légataire, suivant que nous l'avons établi dans les articles précédens, il s'ensuit que les legs faits à des personnes incertaines, qui n'ont pu mériter l'affection du testateur, et qui partent d'un pur caprice du testateur, sont nuls; comme si un testateur léguoit à ceux qui, le jour de son enterrement, occuperoient la quatrième loge à la comédie.

C'est en conséquence de ce principe que par le droit du digeste les legs faits à des personnes incertaines, *incertis personis*, étoient nuls; Justinien a abrogé en ce point le droit du digeste, comme on peut le voir au titre *de leg.* aux Instit.

In praxi, la constitution de Justinien doit être entendue en ce sens que les legs faits à des personnes incertaines lorsqu'il paroît quelque motif plausible d'où ils aient pu partir, sont valables; par exemple, le legs qui seroit fait à celui qui découvrira les longitudes sur mer est valable, quoiqu'il soit fait à une personne incertaine; car il est fait par le motif de récompenser une étude utile à la société, qui est un motif plausible.

Le legs fait à un posthume, qui n'étoit pas valable par le droit du digeste, est aussi valable; car quoique ce soit une personne incertaine, qui n'a pu mériter par elle-même l'affection du testateur, le legs qui lui est fait part de l'affection que le testateur peut avoir pour les personnes de ses père et mère, qu'il a voulu leur témoigner en léguant à l'enfant qu'ils auroient, lequel motif est un motif plausible; si le posthume légataire n'a pu mériter par lui-même l'affection du testateur, il a pu la mériter par son père ou sa mère, ce qui suffit.

Par la même raison, on doit décider que le legs fait par un testateur à celui qui épousera sa fille ou sa nièce, qui n'étoit pas valable par l'ancien droit, doit être valable, selon la constitution de Justinien; car il part d'un motif plausible, qui est de faire trouver un meilleur parti à sa fille ou à sa nièce; et si ce légataire n'a pu mériter par lui-même l'affection du testateur, qui ne le connoissoit pas, il a pu la mériter par la personne qu'il épousera.

Les legs faits aux pauvres sont aussi valables, quoiqu'ils ne le fussent pas par l'ancien droit, les pauvres étant regardés

comme personnes incertaines; car ce legs part d'un motif plausible, qui est le motif de charité.

Observez que les pauvres, parens du testateur, lorsqu'il s'en trouve, doivent être préférés pour ce legs; sinon le legs est censé fait aux pauvres de la paroisse de son domicile.

A l'égard des legs faits à des personnes incertaines, qui ne paroissent partir d'autre motif que d'un motif de caprice, tel que celui rapporté au commencement de cet article, ils ne sont pas valables même depuis la constitution de Justinien.

ARTICLE VI.

Des legs faits par un motif contraire aux bonnes mœurs.

§. I. De ceux qui tendent expressément à récompenser le vice.

Un legs est contraire aux bonnes mœurs, et par conséquent nul, lorsque le testateur, en faisant ce legs, a exprimé un motif contraire aux bonnes mœurs, par lequel il le faisoit, comme s'il avoit légué en ces termes: Je lègue à un tel telle chose, parce qu'il s'est battu en duel en brave homme, ou: Je lègue telle chose à un tel, parce qu'il m'a bien servi dans mes plaisirs; car ce sont des motifs contraires aux bonnes mœurs que ceux qui tendent à récompenser ce qui est défendu par les lois ou par les bonnes mœurs.

§. II. De la captation.

Les dispositions testamentaires sont nulles lorsqu'elles ont le vice de la captation, c'est-à-dire, lorsque le testateur les a faites dans la vue d'engager celui au profit de qui il les faisoit, de tester pareillement à son profit de ses biens; car ce motif est visiblement contraire aux bonnes mœurs; *captatoriæ scripturæ neque in hæreditatibus neque in legatis valent.* L. 64, ff. *de leg.* 1°.

Une disposition est captatoire et nulle, non-seulement lorsque je la fais dans la vue de capter pour moi les biens de celui à qui je la fais, mais encore lorsque je la lui fais dans la vue de capter ses biens pour un autre pour qui je m'intéresse, *veluti si ità scripserit, Titius si hæredem Mævium à se scriptum ostenderit, hæres esto, in sententiam senatûs consulti incidere non est dubium.* L. 71, §. 1, ff. *de hæred. instit.*

Au reste une disposition n'est captatoire que lorsque je la fais pour engager quelqu'un à disposer de ses biens à mon

profit ou au profit d'un autre, et non par celle que je fais pour lui témoigner ma reconnoissance de ce qu'il a disposé à mon profit. Par exemple, cette disposition est bonne, *Je lègue à un tel la même part dans mes biens qu'il m'a léguée dans les siens*, etc. L. 71.

Car, comme dit Papinien, *captatorias institutiones non eas senatus improbavit quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, sed quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis*. L. 70, ff. D. Tit.

ARTICLE VII.

De la suggestion.

Une volonté est suggérée lorsque le testateur a voulu faire les dispositions qu'il a faites dans la vue de se délivrer des importunités de ceux qui l'y portoient.

Le vice de la suggestion rend nulles les dispositions qui ont ce vice; ce qui est conforme au principe que nous avons établi au paragraphe second, qu'il est de la nature des legs qu'ils partent d'une juste affection pour les personnes à qui ils sont faits, ce qu'on ne peut assurer de ceux qui partent plutôt de l'envie qu'a eue le testateur de se délivrer des importunités de quelqu'un.

La suggestion peut se prouver par écrit et par témoins; par écrit, par exemple, par des lettres qui auroient été écrites au défunt vers le temps de la confection de son testament, et trouvées après sa mort parmi ses papiers, par lesquelles il auroit été vivement sollicité de faire les dispositions qu'il a faites.

Elle peut aussi se prouver par témoins, et la preuve pure testimoniale n'en doit pas être refusée, lorsque l'héritier avance des faits de suggestion bien pertinens et bien circonstanciés; car il n'a pas été en son pouvoir de s'en procurer une autre.

Il résulte des notions que nous avons données de la suggestion, que ce n'est pas un fait de suggestion suffisant, que de mettre en fait que, lors de la confection du testament, celui au profit duquel il a été fait étoit présent; car suggérer, c'est importuner et solliciter vivement : la seule présence de cette personne lors de la confection du testament, n'est donc pas une suggestion, lorsqu'on ne met pas en fait qu'elle a sollicité le testateur à faire ces dispositions. C'est ce qui a été jugé par un arrêt rendu en la grand-chambre le 1er août 1650, que rapporte Ricard, Tr. des Donat. part. 3, chap. 1, no. 52, qui a con-

firmé un testament fait par une femme au profit de son mari, dans la coutume de Chartres, quoiqu'on soutînt que son mari étoit présent lors de la confection.

Ricard, dans le même chapitre qu'on vient de citer nº 52, apporte pour exemple d'un fait pertinent de suggestion, lorsqu'on met en fait que, lors de la confection d'un testament, il y avoit une personne qui dictoit les dispositions du testateur, que le testateur ne faisoit que répéter et approuver. Cela me paroît dépendre des circonstances; car si le testateur, à cause de son peu d'intelligence ou de l'accablement de son mal, ayant peine à faire entendre par lui-même au notaire ses intentions, avoit appelé une personne de ses amis, non suspecte et non intéressée, pour les faire mieux entendre, je ne penserois pas qu'on pût regarder cela comme une suggestion. Hors ces circonstances, ce seroit un fait pertinent de suggestion.

Observez que la suggestion qui annule les dispositions testamentaires doit être lors de la confection du testament; c'est pourquoi Ricard décide fort bien que ce ne sont pas des faits pertinens de suggestion, que de mettre en fait que le testateur a été vivement sollicité à faire les dispositions qu'il a faites dans des temps fort antérieurs à celui de la confection de son testament; car ces sollicitations, auxquelles il a résisté, ne concluent pas qu'il a fait son testament par suggestion; il a pu, depuis qu'elles ont cessé, le faire de sa pure volonté; il faut prouver qu'elles ont duré jusqu'au temps de la confection.

ARTICLE VIII.

De certaines conditions qui, étant contraires à la nature des dernières volontés, les annulent.

§. I. De la condition *Si hæres voluerit.*

Il est de la nature des dernières volontés qu'elles soient principalement la volonté du défunt, et non pas celle d'un autre, et que ce soit le défunt qui ait donné, et non pas son héritier qui donne.

De là il suit que des legs faits *si l'héritier le veut, si c'est sa volonté*, ne sont pas valables, *fideicommissum ita relictum, si volueris restituas, non debetur*. L. 11, §. 7, ff. *de Leg.* 3º.

Il en est autrement du legs qui seroit fait sous condition d'un fait dont l'accomplissement dépend de la volonté de l'hé-

ritier; par exemple, si quelqu'un avoit légué cent pistoles au chapitre de Saint-Agnan, si son héritier assistoit à leur office, ce legs seroit valable; c'est ce qui est décidé par la loi 3, ff. *de Leg.* 2°, où Paul répond que le legs fait sous cette condition, *hæres dare damnas esto si in Capitolium non ascenderit*, est valable. Il sembloit que cette espèce fût semblable à la première, puisque l'accomplissement de la condition dont le testateur a fait dépendre ce legs, dépendant entièrement de la volonté de l'héritier, qui peut à son gré monter ou ne pas monter au Capitole, assister ou ne pas assister à l'office de Saint-Agnan; c'est la même chose quant à l'effet que si le legs étoit laissé à la volonté de l'héritier; néanmoins il y a une grande différence entre ces deux espèces, lorsque le testateur lègue quelque chose à quelqu'un expressément, *si l'héritier le veut*, l'héritier étant rendu expressément le maître absolu de la disposition, elle n'est plus la volonté du défunt, mais celle de l'héritier; mais, dans l'autre espèce, l'héritier n'est point laissé expressément le maître de la disposition; ce n'est que par conséquence que l'effet de la disposition dépend de la volonté de l'héritier, parce que le testateur a fait le legs sous une condition qui est en son pouvoir, et on ne peut pas dire que le legs dépend de sa pure volonté, puisqu'il faut qu'il fasse ou s'abstienne de faire quelque chose pour faire manquer la condition du legs.

La loi 11, §. 5, ff. *de Leg.* 3o, établit une différence encore plus imperceptible entre le legs *si volueris*, et celui fait sous cette condition, *nisi hæres meus noluerit;* car elle décide que ce dernier est valable, et est censé fait sous la condition de l'agrément de l'héritier, laquelle condition existe aussitôt que l'héritier a donné quelques marques d'approbation; la différence entre les deux est que, lorsque le testateur lègue en ces termes : *si volueris hæres dato*, le testateur ne donne pas, mais laisse son héritier maître de donner ou ne pas donner, le legs par conséquent n'est pas valable, et n'oblige pas l'héritier, qui demeure toujours le maître de ne pas donner, jusqu'à ce qu'il ait été donné effectivement; mais lorsque le testateur lègue en ces termes : *nisi hæres meus noluerit,* ce qui revient à celui-ci : *sous le bon plaisir de cet héritier, si cela ne lui fait pas trop de peine*, c'est véritablement le testateur qui donne l'approbation; l'agrément de l'héritier est seulement une condition apposée au legs, laquelle existe aussitôt que l'héritier

a donné les moindres marques d'approbation, quoique hors la présence du légataire; c'est ce que la loi exprime par ces termes: *conditionale fideicommissum est, et primam voluntatem exigit, ideòque post primam voluntatem non erit arbitrium hæredis dicendi noluisse.*

Il y a une différence bien plus sensible entre le legs *si volueris*, et celui-ci, *si æstimaveris*, *si putaveris*, etc.; la condition *si volueris* rend l'héritier le maître absolu de donner ou de ne pas donner ce qui a été légué, ce qui est contraire à la nature des legs; mais celle-ci, *si putaveris*, *si æstimaveris*, est une condition qui ne laisse pas le legs à la pure disposition de l'héritier; elle le constitue seulement le juge de l'équité du legs; et l'héritier étant obligé de décider selon les règles de l'équité, ne peut se dispenser d'acquitter le legs s'il le trouve être équitable; c'est pourquoi si quelqu'un a légué à sa domestique cent livres de pension viagère, pour récompense de ses services, si son héritier l'en jugeoit digne, l'héritier ne pourra se dispenser d'acquitter ce legs, à moins qu'il ne prouve par de bonnes raisons que cette domestique ne mérite pas cette récompense; c'est ce que décide la loi 11, §. 7, ff. *de Leg.* 3o: *Quanquam fideicommissum ità relictum non debeatur, si volueris; tamen si ità adscriptum fuerit, si fueris arbitratus, si putaveris, etc. debebitur: non enim plenum arbitrium voluntatis hæredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum.*

§. II. Du legs que le testateur feroit dépendre de la volonté d'un tiers.

Le legs qui seroit laissé entièrement à la volonté non de l'héritier qui en est grevé, mais d'un tiers, seroit-il valable? Il semble que non: la loi 52, ff. *de condit.* le décide expressément: *Non poterit utiliter legari, si Mævius voluerit Titio decem do, nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest.* La même décision se trouve dans les lois 32 et 68, ff. *de hæred. instit.* La raison est qu'il est de la nature et de l'essence des dernières volontés d'un testateur, qu'elles soient principalement sa volonté, et non pas celle d'une autre personne, suivant que nous l'avons observé ci-dessus.

La loi 43, §. 2, ff. *de Leg.* 1o, paroît contraire à cette décision; car elle dit: *Legatum in alienâ voluntate poni potest, in hæredis non potest.*

La vraie condition de ces textes me paroît être celle-ci, qu'apporte Cujas, lorsqu'il paroît que le testateur, incertain

s'il lègueroit ou non quelque chose à une personne, s'en est rapporté à la volonté d'un tiers, le legs n'est pas valable; car ce n'est pas alors principalement sa volonté; c'est celle de ce tiers : comme, par exemple, si quelqu'un s'étoit exprimé ainsi : Je ne sais si je dois léguer une telle chose à Pierre; je la lui lègue si c'est le sentiment de Paul que je le fasse : un tel legs ne vaut rien; car, en ce cas, le legs seroit la volonté de Paul, et non celle du testateur; mais lorsque le testateur, voulant effectivement léguer au légataire la chose qu'il lui a léguée, mais ne voulant pas qu'il ait cette chose contre le gré d'une tierce personne, la lui lègue si cette personne y consent et ne s'y oppose point, le legs sera valable, parce que c'est véritablement le testateur qui veut léguer cette chose; la volonté de la tierce personne n'est requise que comme une condition. On peut apporter cet exemple : un testateur lègue à quelqu'un son office d'avocat du Roi si son collègue y consent; ce legs est valable, car c'est lui qui veut léguer à ce légataire son office d'avocat du Roi; il ne requiert le consentement de son collègue que comme une condition, parce qu'il ne veut pas donner à son confrère un collègue qui ne lui soit pas agréable.

Il reste une difficulté; cette loi établit une différence entre la volonté de l'héritier et celle d'une tierce personne, *legatum in alienâ voluntate poni potest, in hæredis non potest;* mais si nous disons que la volonté d'une tierce personne peut être apposée seulement comme une condition au legs, il ne restera plus de différence, car nous avons vu ci-dessus qu'on pouvoit aussi apposer pour condition du legs la volonté et l'approbation de l'héritier du testateur, qui est grevé.

La réponse est, que je peux apposer pour condition la volonté d'une tierce personne qui persévère jusqu'à la délivrance du legs, en sorte que le légataire ne puisse obtenir le legs, si, au temps de la demande en délivrance, cette personne n'est consentante, quand même elle auroit donné quelques marques de consentement auparavant qu'elle auroit par la suite rétractées; au lieu qu'on ne peut apposer pour condition à un legs une telle volonté de l'héritier, qui seroit quelque chose de contradictoire avec l'obligation que doit contracter l'héritier d'acquitter le legs.

La volonté de l'héritier, qu'on peut apposer pour condition à un legs, n'est qu'une première et simple marque d'approbation qu'il ne puisse pas rétracter quand une fois il l'a donnée, *prima*

voluntas exigit, ideoque post primam voluntatem non erit arbitrium hæredis dicendi noluisse. L. 11, §. 5, ff. *de Leg.* 3°.

Les jurisconsultes romains rapportent encore d'autres conditions qui détruisent et annulent les dispositions testamentaires ; telles sont celles qui renfermeroient le vice de perplexité ou contradiction, comme dans ce cas-ci : *Titius hæres esto si Seïus hæres erit, Seïus hæres esto si Titius hæres erit;* l. 16, ff. *de condit. instit.* mais ces cas sont des cas métaphysiques, et qui ne se rencontrent point *in praxi.*

A l'égard des conditions impossibles *naturâ aut jure*, elles n'annulent point la disposition, mais elles sont regardées comme non écrites.

CHAPITRE III.

Des personnes qui sont capables ou non de tester, de celles qui sont capables ou non de recevoir par testament, de celles qu'on peut ou non grever de legs et de fidéicommis.

SECTION PREMIÈRE.

Des personnes qui sont capables ou non de tester.

Les coutumes de Paris et d'Orléans disent : *Toutes personnes saines d'entendement, âgées et usant de leurs droits, peuvent disposer par testament*, etc.

Ces coutumes, par ces termes, *usant de leurs droits*, n'entendent parler que des droits attachés à l'état civil.

La puissance paternelle ne rend point en pays coutumier les enfans de famille incapables de tester, en quoi notre droit diffère du droit romain, qui ne permet aux enfans de famille de tester que du pécule *castrense et quasi castrense.*

Pareillement la femme mariée, quoique soumise en pays coutumier à la puissance de son mari, ne laisse pas d'être capable de tester, et elle n'a pas même besoin (si on excepte un petit nombre de coutumes) de l'autorisation de son mari, quoiqu'elle en ait besoin pour tous les actes entre-vifs ; la raison est qu'il est de la nature des testamens de ne pas dépendre de la volonté d'un autre que du testateur, et que d'ailleurs ils ne commencent à avoir leur effet qu'au temps de la mort, auquel temps la puissance maritale cesse.

Il y a donc, selon nos coutumes, trois choses nécessaires pour la capacité de tester; 1° l'état civil; 2° l'âge suffisant; 3° l'exemption de certains défauts de l'esprit ou du corps.

ARTICLE PREMIER.

De l'état civil dont doit jouir le testateur.

Le testament appartient au droit civil, d'où il suit qu'il n'y a que ceux qui jouissent des droits de citoyen qui puissent tester.

§. I. Des étrangers.

Suivant le principe ci-dessus, 1° les aubains ou étrangers non naturalisés sont régulièrement incapables de tester des biens qu'ils ont en France.

Cette règle néanmoins souffre plusieurs exceptions, 1° à l'égard des ambassadeurs, envoyés, résidens, et toutes les personnes de leur suite, à qui il est permis de tester des biens meubles qu'ils ont en France. 2° A l'égard des marchands fréquentant les foires de Lyon et autres foires, ou résidant en certaines places de commerce, à qui il est permis, suivant différentes lettres-patentes de nos rois, de tester de leurs meubles. 3° A l'égard des soldats étrangers, qui jouissent aussi du même privilége. 4° A l'égard des sujets de certaines nations qui, par les traités d'alliance faits entre le roi et ces nations, sont exceptés entièrement, ou à certains égard, du droit d'aubaine; il faut à leur égard suivre ce qui est porté par les traités.

Cette règle souffre encore une autre exception, par les édits portant création de certaines rentes que le roi a permis aux étrangers d'acquérir, et à l'égard desquelles il a renoncé au droit d'aubaine, et permis aux étrangers qui les acquerroient d'en disposer par testament.

2° Les François qui ont perdu les droits de cité en s'établissant en pays étranger, où ils sont décédés, sont aussi incapables de tester que les étrangers.

Il en est autrement de ceux qui voyagent seulement ou sont prisonniers de guerre; ils n'ont point perdu leurs droits de cité, quoiqu'ils y soient décédés, et leur testament fait, soit en France, soit dans le pays étranger, est valable.

§. II. Des religieux.

Les religieux ayant perdu l'état civil par la profession re-

ligieuse, ne peuvent faire de testament, quoiqu'ils aient un bénéfice hors du cloître, *putà* une cure et un pécule.

L'épiscopat, à cause de l'éminence de cette dignité, rend au religieux devenu évêque l'état civil, et par conséquent la faculté de tester.

Il y a néanmoins des auteurs qui leur contestent ce droit de tester; mais les arrêts rapportés par les auteurs ayant jugé qu'ils pouvoient transmettre leur succession à leurs parens, il y a même raison de décider qu'ils peuvent tester, le droit de transmettre sa succession ne supposant pas moins le recouvrement de l'état civil par ce religieux évêque que le droit de tester.

Les Jésuites, après leurs premiers vœux, sont des vrais religieux, et ne peuvent tester; mais lorsqu'ils ont été congédiés de la société, ils recouvrent l'état civil et la faculté de tester.

Lorsqu'ils sont congédiés après l'âge de trente-trois ans, la déclaration du roi veut qu'ils ne puissent succéder à leurs parens, même à ceux qui décéderoient depuis leur retour au siècle; mais je ne pense pas que cette disposition, fondée sur des raisons particulières, doive être étendue à d'autres cas, et qu'on puisse refuser à ce Jésuite retourné au siècle tous les autres droits dépendans de l'état civil, du nombre desquels est celui de tester.

Le religieux qui a été relevé de ses vœux par le pape ne recouvre pas l'état civil, ni par conséquent la faculté de tester; car le pouvoir du pape, qui, hors de ses Etats, est tout spirituel, ne peut s'étendre à l'état civil, et il n'y a que le roi qui puisse le rendre à ceux qui l'ont perdu.

Il en est autrement de celui qui, par une sentence juridique rendue dans le royaume par l'official, qui étoit compétent pour en connoître, a fait prononcer la nullité de ses vœux; il peut tester, parce que cette sentence, qui ne pouvoit pas lui rendre l'état civil s'il l'avoit perdu, en déclarant que ses vœux sont nuls, déclare qu'il ne l'a jamais perdu.

Les chevaliers de Malte, quoiqu'ils soient religieux, peuvent néanmoins, par un privilége accordé à leur ordre, et confirmé par nos rois, tester d'une partie de leur pécule, avec la permission de leur grand-maître.

§. III. Des condamnés.

Ceux qui ont été condamnés à la peine de mort, soit naturelle, soit civile, telle qu'est celle des galères à perpétuité ou du bannissement perpétuel hors du royaume, perdant l'état civil par cette condamnation, perdent par conséquent le droit de tester.

Il faut en excepter, 1° ceux qui sont condamnés même à la peine de mort naturelle par un conseil de guerre; car ces condamnations ne font pas perdre l'état civil. 2° Ceux qui ayant été condamnés par une sentence contradictoire sont morts pendant l'appel, ou qui ayant été condamnés par un jugement de contumace, sont morts dans les cinq ans, depuis l'exécution du jugement, qui leur sont accordés pour se représenter; ou ceux dont la condamnation par contumace a été anéantie par leur représentation ou emprisonnement fait même après les cinq ans, s'ils n'ont pas été condamnés depuis à une peine capitale; car toutes ces personnes sont censées mortes *integri statûs*, et n'avoir pas perdu leur état civil, qui étoit seulement en suspens.

Il y a quelques crimes pour lesquels on fait le procès à la mémoire; savoir, ceux de lèse-majesté, d'hérésie, de duel et d'homicide; ceux dont la mémoire est condamnée pour quelques-uns de ces crimes, sont censés n'avoir pas joui de l'état civil lors de leur mort, et par conséquent le testament qu'ils auroient fait n'est pas valable.

Ceux qui par lettres de cachet sont chassés du royaume, conservent l'état civil, et par conséquent la faculté de tester; car on ne peut perdre son état civil malgré soi que par une condamnation juridique.

Les condamnations à une peine infamante ne font pas perdre l'état civil, quoique elles le diminuent à certains égards.

§. IV. En quel temps la capacité de tester est-elle nécessaire?

Il nous reste à observer que la capacité de tester qui résulte de l'état civil est requise, tant au temps de la mort, qu'au temps du testament; c'est pourquoi, quoique le testateur fût jouissant de son état civil lorsqu'il a fait son testament, si néanmoins il l'a perdu depuis par une condamnation capitale, son testament ne sera pas valable.

Cela a lieu même à l'égard des biens situés dans les provinces où la confiscation n'a pas lieu; car ce n'est qu'en faveur des parens et héritiers du condamné que la loi exclut la confiscation.

A l'égard de celui qui perd la vie civile par la profession religieuse, le testament qu'il a fait avant sa profession, et qui a une date certaine avant sa profession, est valable; car il est censé mourir en possession de son état civil au dernier instant qui a précédé sa profession par une fiction semblable à celle de la loi *Cornelia*.

Mais le testament qui auroit été fait par un religieux qui depuis seroit devenu évêque, ne seroit pas valable, quoiqu'il fût jouissant de son état civil au temps de sa mort; car il faut en jouir aussi au temps de la confection du testament.

Ce que nous venons d'observer, que la capacité de tester qui résulte de l'état civil, doit se trouver dans le testateur, tant au temps de la mort qu'au temps de la confection du testament, ne doit pas être étendu aux autres espèces de capacités dont nous allons traiter; il suffit que le testateur les ait eues lors de son testament; la raison de différence est qu'elles ne sont requises que pour la valable confection du testament, au lieu que l'état civil est requis, non-seulement pour pouvoir faire un testament, mais pour avoir le droit de transmettre ses biens par testament; et comme c'est à sa mort que ce droit s'accomplit, il s'ensuit qu'il doit jouir de ce droit au temps de sa mort.

ARTICLE II.

De l'âge requis pour tester.

Les lois romaines permettent de tester à l'âge de puberté commencée, c'est-à-dire, aux mâles à l'âge de quatorze ans, et aux filles à l'age de douze ans.

Comme les Romains étoient extrêmement jaloux du droit de tester, et d'exercer en testant une espèce de pouvoir législatif sur ce qui leur appartenoit, ils ont cru qu'on ne pouvoit accorder trop tôt le droit de tester. D'ailleurs, comme c'étoit à cet âge qu'ils sortoient de tutèle, et qu'ils acquéroient le droit d'administrer leurs biens (l'usage de donner des curateurs aux mineurs pour administrer leurs biens ne s'étant introduit que par la suite, et d'ailleurs ces curateurs

ne se donnant qu'à ceux qui en demandoient), on a cru que si on accordoit à cet âge aux mineurs le droit d'administrer leurs biens, on devoit aussi leur accorder le droit de tester, qui devoit leur être beaucoup plus cher.

A l'égard du droit coutumier, les coutumes sont fort différentes sur l'usage de tester; aucune néanmoins ne le permet aussitôt que le droit romain le permettoit.

Il y en a qui distinguent entre les hommes et femmes, entre l'âge pour tester des meubles et celui pour tester des immeubles, entre l'âge pour tester des meubles et acquêts, et celui pour tester de la partie des propres dont elles permettent de disposer.

Il y en a qui permettent aux personnes de tester au moins de certaines choses aussitôt qu'elles sont mariées, quoique elles ne le permettent aux autres que dans un âge plus avancé; nous n'entrerons point dans le détail de ces différentes coutumes; nous remarquerons seulement que le plus grand nombre est de celles qui permettent de tester au moins des meubles et acquêts aux hommes à vingt ans accomplis, et aux femmes à dix-huit.

Celle de Paris, art. 293, et d'Orléans 293, ne distinguent point les hommes des femmes, et permettent indistinctement de tester des meubles et acquêts à l'âge de vingt ans accomplis.

Une personne a vingt ans accomplis aussitôt que commence le dernier jour de sa vingtième année; car la coutume n'exige pas qu'il soit majeur de vingt ans, mais qu'il ait vingt ans accomplis, et il les a accomplis lorsqu'il a atteint le dernier jour de sa vingtième année, sans qu'on fasse attention à quelle heure de la journée il est né; car les années se comptent par jours et non par heures et par momens; c'est pourquoi si, par exemple, il est né le premier janvier 1700, il pourra tester le dernier de décembre 1719 aussitôt après minuit, car c'est en ce jour qu'il accomplit sa vingtième année; il commence la vingt-unième le premier janvier 1720; c'est la décision de la loi 5, ff. *qui testam. fac. poss.*

La personne étant inhabile à tester avant cet âge, elle ne peut, pour quelque raison que ce soit, faire avant cet âge aucune disposition testamentaire. Il y a néanmoins un arrêt dans Soefve, c. 11, c. 163, qui a confirmé un legs modique fait avant cet âge à une domestique pour récompense de services; mais cet arrêt ne peut être tiré à conséquence.

A l'égard des propres, elles ne permettent d'en tester qu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis; si néanmoins le testateur n'avoit ni meubles ni acquêts, elles lui permettent d'en tester à l'âge de vingt ans.

Il n'y a personne qui n'ait quelques meubles à lui appartenans, quand ce ne seroit que ses habits; mais comme *parum pro nihilo reputatur*, une personne est censée n'avoir pas de meubles, lorsque ce qu'elle en a n'est d'aucune considération; et c'est dans ce sens qu'on doit entendre la coutume.

Il reste la question de savoir quelle loi on doit suivre pour l'âge de tester dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées; il y a des arrêts anciens qui ont jugé qu'on devoit suivre le droit romain; mais on est revenu aujourd'hui de cet attachement au droit romain : on doit distinguer dans ce droit les décisions qui ne sont puisées que dans les principes du droit naturel, que les jurisconsultes romains ont plus approfondi que personne, et celles qui ont leur fondement dans les mœurs particulières à ce peuple; on ne peut être trop attaché aux premières, mais les autres, du nombre desquelles est celle qui règle l'âge de tester, ne sont d'aucune considération pour nous, qui avons des mœurs toutes différentes : c'est ce qui résulte de ce que nous avons observé au commencement de cet article; ce ne peut donc être le droit romain qui nous doit servir de règle à cet égard.

Il paroît qu'aujourd'hui la jurisprudence du parlement de Paris est que, dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées sur l'âge de tester, on doit suivre à cet égard celle de Paris, comme la plus raisonnable sur ce point.

ARTICLE III.

Des défauts d'esprit et du corps qui empêchent de tester.

§. I. Des fous.

Nos coutumes veulent que le testateur soit *sain d'entendement;* la folie, la démence, rendent donc incapable de tester; cela est pris dans la nature même des choses; le testament est la déclaration des dernières volontés; celui qui n'a pas l'usage de la raison, n'a point de volonté; *furiosi nulla voluntas.*

Le testament qu'un homme en démence a fait est déclaré nul quand même il n'auroit pas été interdit; car ce n'est pas tant l'interdiction que la démence même qui le rend inca-

pable de tester ; l'interdiction ne fait que déclarer la démence ; et si elle peut être prouvée d'ailleurs, le testament qu'aura fait une personne en cet état doit être déclaré nul.

Quoique le notaire qui a reçu le testament ait déclaré que le testateur lui a paru sain d'entendement, les héritiers ne laissent pas d'être recevables dans la preuve qu'ils offriroient de faire de sa démence, Sœfve, II, 77 ; car le notaire ne peut pas, dans un temps aussi court qu'est celui qu'il faut pour dicter un testament, juger de l'état du testateur, et d'ailleurs cette clause est de style. Cette clause est donc très-inutile ; car si elle n'exclut pas la preuve de la démence, lorsqu'elle se trouve dans le testament, elle ne préjudicie pas non plus à la validité du testament lorsqu'elle est omise.

§. II. Des prodigues.

Ceux qui sont interdits pour cause de prodigalité, ne peuvent faire de testament. L. 18, ff. *qui test. facere poss.* Mais comme le prodigue n'est pas privé de l'usage de la raison nécessaire pour tester, ce n'est pas la prodigalité par elle-même, mais l'interdiction, qui le prive de la faculté de tester, en le privant du droit de disposer de ses biens ; c'est pourquoi ce n'est que depuis l'interdiction qu'il devient incapable de tester, en quoi il est différent d'une personne en démence.

§. III. Des muets.

Les muets qui ne savent pas écrire ne peuvent pas tester ; car on ne peut tester qu'en dictant ses dernières volontés ou en les écrivant, l'ordonnance de 1731 ayant rejeté les testamens faits par signes.

Je ne croirois pas qu'on dût ordinairement faire valoir le testament qu'auroit écrit de sa main un sourd et muet de naissance ; car on ne peut être assuré qu'il soit l'ouvrage de sa volonté, et qu'il ne l'ait pas copié sans entendre ce qu'il copioit sur un exemple qu'on lui aura présenté.

ARTICLE IV.

Quelle loi doit-on suivre pour la capacité de tester ?

Les lois qui règlent la capacité de tester, étant des lois qui ont pour objet de régler l'état des personnes, et les droits qui sont attachés à leur état, il s'ensuit que ce sont des lois person-

nelles, qui exercent leur empire sur les personnes seulement qui sont domiciliées dans leur territoire, par rapport à tous leurs biens, quelque part qu'ils soient situés.

De là il suit qu'un fils de famille, domicilié en pays de droit écrit, ne peut tester de ses biens, quand même ils seroient situés en pays coutumier, à moins qu'ils ne proviennent de son pécule *castrense* ou *quasi castrense;* et qu'au contraire, un fils de famille, domicilié en pays coutumier, suffisamment âgé, peut tester de ses biens, quand même ils seroient situés en pays de droit écrit.

Par la même raison, un pubère mineur de 20 ans, domicilié en pays de droit écrit, peut tester de ses biens, quoique situés dans les coutumes de Paris et d'Orléans; et au contraire, s'il étoit domicilié dans ces coutumes, il ne pourroit pas tester de ceux situés en pays de droit écrit.

Il y a néanmoins une différence à faire entre les lois qui règlent l'âge pour tester des biens ordinaires, et celles qui exigent un âge plus avancé pour tester des propres que celui qui est requis pour tester des biens ordinaires. Les premières sont des statuts personnels, n'ayant pour objet que de régler l'état de la personne, en définissant à quel âge il doit être habile à user du droit de tester que la loi accorde aux citoyens. Mais celles qui défendent de disposer, avant un certain âge, des propres, même à ceux qui ont l'habilité de tester des biens ordinaires, paroissent avoir pour objet principal ces héritages propres qu'ils veulent conserver aux familles, en interdisant avant un certain âge leur disposition; c'est pourquoi ces lois ayant pour objet les choses plutôt que les personnes, doivent passer pour statuts réels, et par conséquent ne doivent exercer leur empire que sur les choses situées dans leur territoire, et l'y exercer à l'égard de toutes sortes de personnes. C'est sur ces principes qu'il paroît que par arrêt rapporté au 6e volume du Journal des audiences, on a jugé qu'un jeune homme de vingt-un ans, domicilié à Paris, avoit pu tester de ses propres situés en Berri, quoique la coutume de Paris, en permettant de tester des biens ordinaires à vingt ans, ne permette de disposer du quint des propres qu'à vingt-cinq.

SECTION II.

Des personnes qui sont capables ou non de recevoir des testamens.

Les personnes qui sont incapables de tester ne sont pas pour cela incapables de recevoir les dispositions testamentaires qui pourroient être faites à leur profit; on peut en faire au profit des impubères, des fous, des interdits, des sourds et muets, quoique ces personnes soient incapables de tester.

Il y a quatre espèces d'incapacités de recevoir par testament; une absolue, une relative à certaines choses, une relative à la personne du testateur; enfin il y a une incapacité de recevoir des legs, relative à la qualité qu'a le légataire d'héritier de celui qui lui a fait le legs.

Observez en général, à l'égard de tous les incapables, que ce qu'on ne peut leur léguer directement, on ne le peut non plus par personnes interposées en léguant à une personne qu'on chargeroit secrètement de restituer à la personne incapable.

La preuve par témoins de cette interposition de personnes, peut être admise par témoins, ainsi qu'il a été jugé par arrêt du 9 février 1661, rapporté par Soefve, n. 33; à défaut de preuve, on peut déférer le serment au légataire qu'on soupçonne être personne interposée, si c'est pour lui qu'il entend accepter le legs.

ARTICLE PREMIER.

De l'incapacité absolue.

Les personnes qui sont privées de l'état civil ont une incapacité absolue de recevoir par testament, puisqu'elles sont regardées comme n'étant point.

C'est pourquoi, 1° les religieux sont incapables de recevoir aucune disposition testamentaire.

On permet néanmoins les legs de pension viagère, faits à un religieux ou à une religieuse pour ses alimens, mais elle ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour les alimens, et si elle excédoit, elle seroit réductible; on peut tirer argument pour la somme à laquelle peuvent monter ces pensions, de ce qui a été réglé par la déclaration du 28 avril 1693, pour les pensions que les communautés de religieuses établies depuis 1600, peuvent exiger pour la dot de celles qui font profession, lesquelles sont réglées par cette loi à 400 liv. pour Paris, et à 350 liv. pour les autres villes.

On peut très-certainement en conclure qu'une pension léguée à un religieux ou à une religieuse ne peut excéder ces sommes, et même elles peuvent être réduites à moins, suivant que les couvens sont riches ou pauvres, ou que la succession du testateur est plus ou moins opulente.

Observez, à l'égard de ces legs de pensions faits à des religieux, que ce n'est point à ce religieux, mais au couvent où est ce religieux que le droit qui résulte de ce legs est acquis; car ce religieux, par son état de religieux, ne peut rien avoir en propre; c'est pourquoi, ce n'est point ce religieux, mais le couvent qui en fera la demande en justice; c'est au couvent à qui la délivrance en doit être faite; ce n'est point au religieux, mais au supérieur, ou autre préposé pour recevoir les revenus du couvent, que les arrérages de cette pension doivent être payés.

Si cependant ce religieux avait un bénéfice hors du cloître; comme en ce cas le religieux peut avoir un pécule, et qu'il est autorisé à faire les demandes en justice pour raison de ce qui dépend de son pécule, il pourra par lui-même faire la demande du legs de pension viagère qui lui avoit été fait, et en recevoir les arrérages, cette pension viagère faisant partie de son pécule.

2° Les condamnés à une peine capitale, étant par cette condamnation privés de l'état civil, deviennent par conséquent incapables de recevoir aucune disposition testamentaire.

3° Les communautés, corps, confréries, etc., qui ne sont point autorisés dans le royaume, n'ont aucun état civil, aucune existence civile, et par conséquent sont incapables d'aucunes dispositions testamentaires.

Il n'y a de corps autorisés que ceux qui sont établis ou confirmés par des lettres-patentes du roi, enregistrées au parlement dans le ressort duquel ils sont établis.

Si un corps à qui le testateur a fait un legs n'avoit point lors du testament de lettres-patentes, mais que, lors du décès du testateur, il se trouvât érigé par lettres-patentes, le legs seroit-il valable? La règle de Caton semble y résister; *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit.*

Les couvens des Capucins, Récollets, et d'autres instituts semblables, quoique autorisés par lettres-patentes, sont, par la profession particulière de pauvreté qu'ils font, incapables de legs.

On admet néanmoins les legs de sommes modiques, qui leur sont faits pour prier Dieu, même ceux de sommes assez considérables, lorsqu'ils sont faits pour la reconstruction ou augmentation de leur monastère.

Enfin les étrangers, quoique domiciliés en France, lorsqu'ils ne sont point naturalisés, ont une incapacité absolue de recueillir aucune disposition testamentaire; car les droits de recevoir par testament, comme de faire un testament, sont des droits accordés par la loi civile, et qui ne peuvent appartenir qu'aux seuls citoyens.

ARTICLE II.

De l'incapacité relative à certains biens.

Les corps et communautés autorisés, les fabriques, les hôpitaux, les bénéficiers en leur qualité de bénéficiers, et généralement tous ceux qu'on appelle gens de main-morte, ne sont pas absolument incapables des dispositions testamentaires qui seroient faites à leur profit.

On peut leur léguer de l'argent ou autres choses mobilières, même des rentes constituées sur le roi, le clergé, diocèse, pays d'Etat, villes et communautés; mais, depuis l'édit de 1749, on ne peut leur léguer des rentes constituées sur particuliers, même dans les provinces où ces rentes sont réputées meubles; car l'édit est général; ni encore moins aucuns héritages ni droits réels; ledit édit, art. 17, déclare nuls lesdits legs, ce qui est une suite de la défense générale qui leur est faite d'acquérir à l'avenir, à quelque titre que ce soit, aucuns biens de cette espèce.

Quoique les gens de main-morte puissent acquérir des biens de cette espèce, en vertu d'une permission particulière du Roi, par lettres-patentes dûment enregistrées, néanmoins les legs qui leur seroient faits de biens de cette espèce, quoique sous la condition d'obtenir par eux des lettres-patentes, ne laissent pas d'être nuls : c'est ce qui est expressément décidé par ledit art. 17; les legs qui seroient faits des biens de cette espèce à des tierces personnes, à la charge d'en remettre les revenus aux gens de main-morte, ou à la charge de les vendre, et de leur en remettre le prix, sont pareillement déclarés nuls, dit art. 17.

Par la même raison, les legs d'une somme d'argent faits aux

gens de main-morte ne sont payables que sur les biens de la succession qui sont de l'espèce de ceux dont ces gens sont capables, et ne sont valables que jusqu'à concurrence de ce qu'il y a de biens de cette espèce dans la succession pour les acquitter.

Les legs universels, faits aux gens de main-morte, ne comprennent pareillement que ceux des biens de cette succession dont ces gens sont capables, et non les héritages et rentes de la succession dont ils sont incapables.

Les legs de ces sortes de biens, faits aux gens de main-morte par des testamens qui ont une date authentique avant l'édit, sont-ils valables lorsque le testateur est mort depuis l'édit? Les raisons pour la négative sont que les testamens n'ont aucun effet que du jour de la mort du testateur; ce n'est que de ce jour que les légataires acquièrent un droit aux choses qui leur sont léguées; les gens de main-morte se trouvant incapables dans ce temps d'acquérir lesdites choses, le legs qui leur en a été fait ne peut avoir d'effet. Ajoutez que les dispositions testamentaires sont la dernière volonté du testateur; elles ne sont valables qu'autant qu'elles sont censées avoir été sa volonté au dernier instant de sa vie, ou du moins au dernier instant qu'il a été capable de volonté; or, dans ce dernier instant, il ne pouvoit plus vouloir ce qui étoit pour lors défendu par la loi; on dit au contraire que l'ordonnance, *art.* 28, dit: *N'entendons rien innover en ce qui concerne les dispositions ou actes faits en faveur des gens de main-morte, lorsque lesdites dispositions auront une date authentique avant la publication des présentes, ou auront été faites par des personnes décédées depuis.* Mais la réponse est que les actes et dispositions qui auront une date authentique avant l'édit, et dont l'édit parle, sont les actes et dispositions entre-vifs, parce que ces actes ont un effet du jour qu'il est certain qu'ils ont été passés, et qu'il faut rapporter aux testamens ce qui est ajouté, *ou par des personnes décédées depuis.*

Nonobstant ces raisons, l'Hôtel-Dieu d'Orléans a obtenu par arrêt la délivrance du legs universel fait à cet hôpital par le sieur Barré, mort depuis l'édit, parce que son testament avoit une date authentique avant l'édit; et la cour avoit déjà auparavant jugé la même chose en pareille espèce au profit d'un autre hôpital.

ARTICLE III.

De l'incapacité relative à la personne du testateur.

Il y a des personnes à qui le testateur ne peut rien léguer, quoiqu'elles soient capables de recevoir des legs de toute autre personne.

Telles sont toutes les personnes qui ont quelque pouvoir sur la personne du testateur, ce qui pourroit faire craindre la suggestion.

C'est pour cette raison que l'ordonnance de 1539, *art.* 131, déclare nulles toutes donations entre-vifs et testamentaires, faites au profit des tuteurs et autres administrateurs; ce qui a été étendu par la coutume de Paris aux pédagogues, et par la jurisprudence aux médecins, chirurgiens, apothicaires, opérateurs, qui gouvernoient le malade dans le temps qu'il a fait son testament; aux directeurs et confesseurs du testateur, au procureur dont le testateur étoit le client. Voyéz ce que nous avons dit en notre traité des donations entre-vifs, touchant les extensions et les limitations de cette prohibition de donner à ces personnes.

A l'égard des maris et femmes, les coutumes sont partagées; les unes, conformes au droit romain, en leur défendant de se rien donner entre-vifs, leur permettent de se donner par testament ce qu'elles pourroient léguer à toute autre personne, sans distinguer s'ils ont enfans ou non; d'autres distinguent s'ils ont enfans ou non; d'autres distinguent entre les meubles et conquêts, et les autres biens, entre la propriété et l'usufruit. Celle de Paris, art. 282, celle d'Orléans, art. 280, et un grand nombre d'autres coutumes, défendent aux maris et femmes de se donner aucune chose par testament, non plus qu'entre-vifs, soit qu'ils aient enfans ou non.

Par la coutume de Paris, art. 283, comme nous l avons déjà vu au traité des donations entre mari et femme, le conjoint, lorsqu'il n'a pas d'enfans, peut donner, et par conséquent léguer aux enfans que l'autre conjoint a d'un précédent mariage; mais dans les autres coutumes, qui défendent aux conjoints de se donner directement ni indirectement sans s'être expliqués sur les enfans, un conjoint, soit qu'il ait des enfans ou non, ne peut, pendant son mariage, rien léguer ni donner aux enfans que l'autre conjoint a d'un précédent mariage; il y en a un arrêt

de réglement que nous avons rapporté au traité des donations entre mari et femme.

Ce qu'un conjoint lègue au père ou à la mère de l'autre conjoint, est aussi censé légué indirectement à ce conjoint. Sur ce principe, un legs fait par une femme à la mère de son mari a été déclaré nul par arrêt du 23 avril 1698, rapporté par Augeard.

Un homme qui a vécu en concubinage ne peut rien léguer à sa concubine, si ce n'est des alimens.

Les bâtards incestueux ou adultérins ne peuvent pareillement recevoir de leur père ou mère d'autres legs que des legs d'alimens.

A l'égard des bâtards ordinaires, ils sont capables de legs particuliers, quoique considérables et en propriété, mais ils sont incapables de dispositions universelles; et celles qui auroient été faites à leur profit seroient réductibles à une certaine somme, que le juge ordonneroit leur être délivrée en biens de la succession pour servir à leur établissement, laquelle somme peut être plus ou moins grande, selon les forces de la succession.

Il y a pourtant un arrêt dans Soefve IV, 99, de 1665, qui a confirmé une disposition universelle au profit d'un bâtard légitimé par lettres.

Quoique les domestiques ne soient pas incapables de recevoir des legs de leurs maîtres, et que ceux qui leur sont faits soient au contraire regardés comme très-favorables, néanmoins quelquefois les arrêts les réduisent, lorsqu'ils sont excessifs, selon les circonstances. Par arrêt du 11 août 1713, un legs universel fait à un valet de chambre, qui montoit à plus de 50,000 liv., fut réduit à mille écus.

ARTICLE IV.

De l'incapacité qui résulte de la qualité d'héritier.

Par la nature même des choses, un héritier ne peut être grevé de legs envers lui-même, *hæredi à semetipso legari non potest.* C'est pourquoi, inutilement le testateur feroit-il un legs à celui qui est seul héritier du total de ses biens.

Par la même raison, le legs qui est fait à l'héritier en partie de quelques effets de la succession, n'est pas valable, si ce n'est pour les parts de ses cohéritiers, *hæredi à semetipso legari non potest, à cohærede potest.* L. 116, §. 1, ff. *de leg.* 1°.

Tels sont aussi les principes du droit romain, et d'un très-petit nombre de coutumes qui ont permis les prélegs.

Mais dans la plus grande partie du pays coutumier, et notamment dans les coutumes de Paris et d'Orléans, *nul ne peut être héritier et légataire*, parce que celui qui est héritier en partie ne peut prélever sur la masse de la succession les sommes ni les choses qui lui sont léguées; mais il est obligé de les laisser dans cette masse, et de les conférer à ses cohéritiers.

Nous avons traité de cette incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire, en notre traité des successions où je renvoie.

Dans les coutumes de Paris et d'Orléans, et dans la plupart des coutumes, il n'y a que l'héritier qui accepte la succession qui ne peut être légataire; mais si l'un de ceux qui sont appelés par la loi à la succession du testateur renonce à sa succession, il peut demander le legs qui lui a été fait, comme le pourroit un étranger, quoique ce legs soit plus considérable que n'eût été sa portion héréditaire.

Mais dans certaines coutumes, qu'on appelle *coutumes d'égalité*, on ne peut avantager par legs l'un de ses héritiers présomptifs plus que les autres, quand même il renonceroit à sa succession.

SECTION III.

De ceux qu'on peut grever.

Tous ceux à qui le testateur a laissé par sa mort ses biens, ou quelque chose de ses biens qu'il auroit pu ne leur pas laisser, peuvent être par lui grevés de legs et de fidéicommis. *Sciendum est eorum fideicommittere quem posse ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dùm eis datur, vel dùm eis non adimitur.* L. 1, §. 6, ff. *de leg.* 3°.

Non seulement donc ceux qui succèdent aux biens du testateur, en vertu d'une volonté expresse du testateur par laquelle ils y sont appelés, peuvent être par lui grevés de legs; ceux que la loi appelle à la succession du testateur peuvent pareillement l'être; car, quoique ce soit la loi qui leur défère la succession du défunt, on peut dire aussi que le défunt leur a laissé ses biens en tant qu'il ne leur a pas ôté, comme il eût pu le faire, *vel dùm eis non adimitur.*

Au contraire, ceux à qui le défunt ne laisse que leur légitime ne peuvent être par lui grevés de legs; car n'ayant pu

leur rien ôter de ce qu'ils tiennent de la loi seule, on ne peut pas dire qu'ils tiennent rien de lui.

Je peux grever de legs l'héritier de mon héritier ou de mon légataire, pourvu que je grève en tant qu'héritier de mon héritier ou de mon légataire.

CHAPITRE IV.

Des choses qui peuvent être léguées ou non, et jusqu'à quelle concurrence de ses biens peut-on disposer par testament.

ARTICLE PREMIER.

Des choses qui peuvent être léguées ou non.

§. I. Exposition générale de ce qu'on peut léguer.

Un testateur peut léguer, ou l'universalité de ses biens, ou une quotité de cette universalité, comme la moitié, le tiers, le vingtième, etc.; ou l'universalité d'une certaine espèce de biens, comme ses meubles, ses acquêts; ou une quotité de ces universalités, comme le tiers de ses meubles, le quint de ses propres, etc.

Il peut léguer, ou des corps certains, comme une telle maison, un tel cheval, sa bibliothèque, sa garderobe, etc.; ou des choses indéterminées, comme un cheval, un bassin d'argent de tant de marcs; ou une certaine somme d'argent, comme une somme de 10,000 liv.; ou une certaine quantité, comme dix muids de blé, un tonneau de vin, etc.

Il peut léguer, et les corps certains qui existent déjà lors du testament, et ceux qui n'existent pas encore, mais qui doivent exister, comme le vin de la récolte qui se fera dans une telle maison de vignes après sa mort.

§. II. Du legs de la chose d'autrui, de celle de l'héritier.

On peut léguer non-seulement ses propres choses, mais celles de son héritier et celles des personnes tierces, et l'héritier ou autre personne qui a été chargée de ce legs est tenue de l'acheter de celui à qui elle appartient, pour la donner au légataire, ou bien de lui en donner le prix, au cas auquel celui à qui elle appartient ne voudroit pas la vendre.

Observez que le legs d'une chose qui appartient à un tiers

n'est ordinairement valable que lorsque le testateur paroît avoir su que la chose ne lui appartenoit pas, comme par exemple, si cette chose n'étoit pas en sa possession, mais lorsqu'il a cru que la chose d'autrui qu'il a léguée étoit à lui; comme dans le cas auquel il en auroit été en possession, le legs n'est pas valable, parce qu'on présume qu'il ne l'auroit pas léguée, s'il eût su qu'elle ne lui appartenoit pas, *cùm nemo facilè præsumatur hæredem suum redemptione rei alienæ onerare velle.*

En cela le legs de la chose qui appartient à un tiers est différent du legs de celle qui appartient à l'héritier ou autre personne qui a été elle-même grevée du legs; car, à l'égard du legs de celle-ci, les jurisconsultes décident indistinctement qu'il est valable, soit que le testateur ait su qu'elle ne lui appartenoit pas, soit qu'il ait cru qu'elle lui appartenoit; car en ce cas *nullâ redemptione oneratur hæres.*

Quelquefois même, le legs de la chose d'un tiers est valable, quoique le testateur, en la léguant, ait cru léguer sa propre chose; savoir, lorsqu'il y a lieu de présumer que le testateur auroit fait un autre legs équipollent au légataire, s'il ne lui eût pas légué cette chose. Par exemple, un testateur a deux parens au même degré, il fait l'un des deux son légataire universel, et donne à l'autre une maison dont il étoit en possession, et qu'il ignoroit appartenir à un autre qu'à lui : le legs de cette maison doit être valable, parce que ce légataire étant son héritier présomptif au même degré que celui qu'il a fait son légataire universel, la présomption est que le testateur a voulu qu'il eût quelque chose de ses biens, et que, s'il eût su que cette maison qu'il lui a léguée ne lui appartenoit pas, il lui auroit légué quelqu'autre chose. Un autre exemple; je suppose que c'est à son bâtrad que le testateur a légué l'usufruit d'un héritage qu'il croyoit faussement lui appartenir pour lui servir lieu d'alimens; ce legs est valable, car la présomption est que le testateur auroit légué d'ailleurs des alimens à son bâtard.

Puisqu'on peut léguer la chose d'autrui, il s'ensuit que e testateur qui est propriétaire d'une chose en commun avec une autre personne, peut léguer cette chose entière; mais dans le doute s'il a voulu léguer la chose entière, ou seulement la part qu'il y avoit, on doit présumer plutôt qu'il n'a voulu léguer que sa part.

Lorsqu'il s'est servi du pronom *mon*, *ma*, il est hors de doute qu'il n'a légué que sa part; comme lorsqu'il s'est exprimé ainsi : Je lègue à un tel ma maison de la Croix-Blanche; car le pronom *ma* restreint le legs à la portion qu'il avoit dans cette maison. L. 5, §. 2, ff. *de leg.* 1°.

Il y a plus : si le testateur étoit propriétaire à la vérité du total de la maison, mais qu'il en dût à un tiers la restitution d'une partie, il seroit censé n'avoir légué que l'autre partie qu'il pouvoit conserver. L. 30, §. 4, ff. *de leg.* 3°.

Quid, s'il s'étoit ainsi exprimé : Je lègue à un tel la maison de la Croix-Blanche? La question est controversée entre les interprètes, si le legs doit être présumé du total, ou seulement de la portion qu'avoit le testateur : la raison pour prétendre qu'il est de la maison entière, est que le testateur ne l'a point restreint à sa portion en se servant du pronom *ma*, et qu'ordinairement l'appellation indéfinie d'une chose désigne la chose entière; la raison pour décider au contraire qu'il n'est que de la portion qui appartient au testateur, se tire du principe posé ci-dessus, qu'on doit dans le doute présumer que le testateur n'a voulu léguer que ce qui étoit à lui.

Lorsque la chose léguée n'appartenoit qu'imparfaitement au testateur, il est censé n'avoir légué que le droit qu'il y avoit, et n'avoir légué la chose que telle qu'il l'avoit; par exemple, s'il n'avoit que la seigneurie utile d'une maison, il est censé, en la léguant, n'avoir légué que la seigneurie utile. L. 71, §. 1, ff. *de leg.* 1°.

§. III. De la chose du légataire.

Si la chose léguée appartenoit déjà au légataire, le legs qui lui en est fait n'est pas valable, ne pouvant avoir aucun effet, *cùm id quod meum est non possit ampliùs fieri meum.*

Il est même décidé par les lois romaines qu'un tel legs, lorsqu'il a été fait purement et simplement, ne deviendroit pas valable, quand même, depuis le testament, la chose léguée auroit cessé d'appartenir au légataire; ce qui est fondé sur la règle de Caton, *quod ab initio vitiosum est tractu temporis convalescere non potest.*

Cette règle que nous venons de proposer, que le legs de la chose qui appartient déjà au légataire n'est pas valable, n'a lieu que lorsque la chose lui appartient parfaitement, *pleno jure*, et à titre lucratif.

Que si le légataire n'étoit propriétaire qu'imparfaitement de la chose qui lui a été léguée, le legs sera valable à l'effet que celui qui en est chargé soit tenu de faire avoir au légataire ce qui lui manque par rapport à cette chose, ou qu'il lui en paie l'estimation, s'il ne peut la lui faire avoir. Par exemple, si le légataire n'avoit que la nue propriété de la chose qui lui a été léguée, l'héritier sera tenu de racheter l'usufruit, pour faire avoir au légataire la pleine propriété; et si celui à qui cet usufruit appartient ne veut pas le vendre, l'héritier sera tenu de payer au légataire l'estimation de cet usufruit qui lui manque en la chose léguée.

Si le légataire étoit propriétaire de la chose qui lui a été léguée, mais qu'il l'eût donnée en nantissement, l'héritier sera tenu de la dégager, pour faire avoir au légataire la possession de cette chose qui lui manquoit. L. 86, ff. *de leg.* 1°.

Pareillement, si le légataire n'avoit qu'une propriété résoluble et sujette à éviction, *putà* si le légataire étoit propriétaire de la chose, avec charge de substitution, dans le cas d'une certaine condition, l'héritier sera tenu de le rendre propriétaire incommutable, en rachetant le droit du substitué, lorsqu'il y aura ouverture à la substitution, ou d'en payer l'estimation au légataire. L. 39, §. 2. L. 82, *ppio.*, *et* §. 1, ff. *de leg.* 1°.

Lorsque le légataire n'étoit pas propriétaire à titre lucratif de la chose qui lui a été léguée, le legs qui lui en a été fait est encore valable, à l'effet que l'héritier chargé du legs soit tenu lui rendre le prix qu'il lui en coûte pour en devenir le propriétaire. L. 34, §. 7, ff. *de leg.* 1° *et passìm tit. de leg. in Pand. Justinian. n.* 131, 132. *Nec enim videtur perfectè cujusque id esse cujus ei pretium abest. D. n.* 131.

§. IV. Des choses hors le commerce.

Il est évident que le legs d'une chose qui n'est pas dans le commerce n'est pas valable, tel que seroit le legs d'une place publique, d'un cimetière, d'une église, d'un prieuré, d'un canonicat.

Le legs d'une compagnie de cavalerie, d'un office d'écuyer du roi, etc., paroîtroit aussi nul, ces offices étant des choses qui ne sont pas dans le commerce. Néanmoins, comme les personnes qui ont les qualités pour obtenir ces offices, en obtiennent l'agrément, moyennant une somme d'argent qu'on

donne à celui qui s'en démet; ne pourroit-on pas dire qu'un tel legs, fait à une personne de qualité à obtenir ces offices, peut être valable, non comme étant le legs de l'office, qui, étant chose hors du commerce, ne peut être l'objet d'un legs, mais comme étant, dans l'intention du testateur plutôt que selon les termes dont il s'est servi, le legs de la somme d'argent nécessaire pour en obtenir l'agrément.

Les legs de matériaux unis à des édifices n'étoient pas valables par le droit romain, parce qu'un sénatus-consulte en avoit interdit le commerce : n'ayant point dans notre droit aucune loi qui l'interdise, le legs de ces choses doit être valable; mais si ces matériaux légués ne pouvoient être séparés sans dommage, il est de l'équité que l'héritier chargé du legs soit recevable à payer au légataire l'estimation à la place de la chose.

Il ne faut pas mettre sur cette matière, au rang des choses qui sont hors le commerce, les héritages qui appartiennent à l'église, ou aux mineurs; car il suffit que ces héritages puissent être aliénés en certains cas, et avec certaines formalités, pour qu'ils soient regardés comme n'étant pas absolument hors du commerce, et comme susceptibles d'estimation, ce qui suffit pour que le legs en soit valable, à l'effet que l'héritier grevé du legs soit tenu, faute de pouvoir acquérir la chose, d'en payer au légataire l'estimation.

A l'égard des biens du domaine du prince, ils sont absolument hors le commerce, et le legs qui seroit fait de quelqu'un de ces biens ne seroit pas valable. *Facit.* L. 39, §. *fin.* ff. *de leg.* 1°.

Non-seulement le legs des choses qui sont hors du commerce général n'est pas valable, le legs de celles qui sont dans le commerce général, mais dont le commerce est, par une loi particulière, interdit à la personne du légataire, ne l'est pas non plus; c'est pour cette raison que l'édit de 1749 déclare nuls les legs d'héritages faits à des gens de main-morte.

§. V. Des choses qui s'éteignent par la mort du testateur.

Il est évident que le legs des choses qui sont de nature à s'éteindre par la mort du testateur, ne peut être valable, tel que seroit le legs d'un droit d'usufruit qui appartiendroit au testateur. L. 24, § 1, ff. *de leg.* 1°.

§. VI. Des legs *in faciendo.*

Il nous reste à observer que non-seulement les choses peuvent faire l'objet des legs, mais aussi les faits; un testateur peut charger son héritier ou toute autre personne qu'il peut grever du legs, de faire telle chose, ou de s'abstenir de faire telle chose en la considération d'une telle personne qui y a intérêt; par exemple, c'est un legs valable fait à Pierre, lorsque je charge mon héritier de blanchir le mur de sa maison qui est vis-à-vis de celle de Pierre, pour donner du jour à la sienne, et pareillement celui par lequel je chargerois mon héritier de ne point louer à des serruriers ou autres ouvriers sa maison voisine de celle où loge Pierre, tant que Pierre y demeurera.

Pour que le legs d'un fait soit valable, il faut que le legs soit possible, licite, et que le légataire y ait intérêt.

ARTICLE II.

Jusqu'à quelle concurrence peut-on léguer?

Par le droit romain, un testateur dispose de tous ses biens par l'institution d'héritier, mais il n'en peut disposer que des trois quarts par legs particuliers, ni même par fidéicommis universel, l'héritier ayant le droit de retenir la quarte falcidie vis-à-vis des légataires, et la quarte trébellianique vis-à-vis des fidéicommissaires universels.

A l'égard du droit coutumier, les coutumes sont fort partagées sur la quantité des biens dont on peut disposer par testament.

La coutume de Berri ne distingue point les propres des autres biens, et ne restreint point, par rapport à aucuns biens, le pouvoir d'en disposer; plusieurs coutumes ne permettent de disposer que d'une partie de ses biens, sans distinguer les propres des autres, et elles fixent différemment cette portion, les unes au quart, d'autres au tiers, celle de Bourgogne aux deux tiers; le plus grand nombre de coutumes permet de disposer par testament de tous ses meubles et acquêts, mais ne permet de disposer que d'une portion des propres.

Elles diffèrent encore, en ce que les unes permettent de disposer des meubles et acquêts en total, soit que le testateur ait des propres ou non; quelques autres au contraire subrogent

les acquêts aux propres, lorsque le testateur n'a point laissé de propres, et même les meubles aux propres et aux acquêts, lorsque le testateur n'a laissé ni propres ni acquêts, et ne permettent en ce cas d'en léguer que la même portion qu'il auroit pu léguer des propres s'il en eût eu.

Les coutumes fixent aussi différemment la portion dont on peut disposer des propres; les unes la fixent à la moitié, les autres au tiers, les autres au quart, les autres au quint; il y en a qui distinguent entre les propres féodaux et les autres propres, en ne permettant de disposer que du quint des propres tenus en fief, et permettant de disposer du quart, du tiers, de la moitié des autres.

Il y a des coutumes qui, en restreignant le pouvoir de disposer des propres, quant à la propriété, à une certaine portion, permettent néanmoins de disposer du total quant à l'usufruit, ou permettent de disposer, les unes, de trois années, les autres, d'une année du revenu desdits propres.

Celles de Paris et d'Orléans, qui sont les seules auxquelles nous nous attachons, qui sont en ce point suivies d'un très-grand nombre de coutumes, permettent de disposer par testament de tous les meubles et acquêts, et du quint des propres, *et non plus avant.*

§. I. Quels sont les biens jusqu'à concurrence desquels nos coutumes permettent de disposer par testament.

Les biens jusqu'à concurrence desquels il est permis à quelqu'un de tester, sont ceux qui lui appartenoient à son décès, et qu'il laisse dans sa succession; les légataires ne peuvent rien prétendre sur ceux qu'il avoit donnés entre-vifs à quelqu'un de ses enfans, quoique le donataire, qui se porte héritier, les rapporte à sa succession; car ce rapport ne se fait qu'en faveur de ses cohéritiers; ce n'est que vis-à-vis d'eux que ces propres rapportés à la succession sont mis dans la masse des biens de la succession; mais vis-à-vis des légataires, qui ne doivent point profiter de ce rapport, qui n'est pas fait pour eux, ils n'en font pas partie.

§. II. Quels sont les propres dont nos coutumes réservent les quatre quints à l'héritier.

Les propres dont nos coutumes réservent à l'héritier les quatre quints, sont les propres réels.

Nous avons expliqué en notre traité de la division des biens, quels étoient ces propres réels ; nous y renvoyons. Nous observerons que non-seulement les héritages, mais aussi les rentes constituées dans les coutumes qui les réputent immeubles, et même les offices vénaux, sont susceptibles de la qualité de propres de disposition.

A l'égard des propres fictifs, c'est-à-dire du remploi des propres des mineurs, qui, par les art. 351 de Paris et d'Orléans, est réputé propre dans leur succession, et des propres conventionnels, ces propres ne sont point réputés pour tels en cette matière, à moins que la convention qui forme le propre conventionnel ne contienne une extension expresse au cas de la disposition, comme lorsqu'une femme a stipulé propre une certaine somme à ceux du côté et ligne, en ces termes : *quant à tous effets, même quant à la disposition.*

Lorsqu'une personne a, par contrat de mariage, ameubli un de ses propres réels, cet ameublissement n'empêche pas que cet héritage, pour ce qui en demeure dans la succession de cette personne qui a fait l'ameublissement, soit sujet à la réserve des quatre quints, comme s'il n'avoit point été ameubli ; car l'ameublissement n'a d'effet que vis-à-vis l'autre conjoint, et n'ôte point à l'héritage ameubli la qualité de propre qu'il a.

§. III. Sont-ce les quatre quints de chaque propre, ou du total des propres, que la coutume réserve aux héritiers?

Ce sont les quatre quints de l'universalité des propres du défunt, et non pas les quatre quints de chaque héritage propre que nos coutumes réservent à l'héritier ; c'est pourquoi si on a légué à quelqu'un un certain héritage propre, l'héritier n'en peut rien retenir, si cet héritage n'excède pas en valeur la cinquième partie du montant de tous les propres.

Lorsque le défunt a laissé des propres situés en différentes coutumes, par exemple, s'il a laissé des propres situés dans la coutume de Paris, de valeur de quatre-vingt et tant de mille livres, et qu'il ait laissé dans la coutume d'Orléans des propres de valeur de 20,000 livres ; qu'il ait légué les propres situés en la coutume d'Orléans en entier, l'héritier pourra-t-il retenir les quatres quints de ces propres? Le légataire lui opposera qu'il est rempli des quatre quints que les coutumes de Paris et d'Orléans lui réservent dans le total des propres de la succes-

sion par les propres situés en la coutume de Paris, de valeur de quatre-vingt et tant de mille livres, qui fait plus des quatre quints de la valeur du total des propres de la succession. L'héritier réplique que les coutumes de Paris et d'Orléans lui déférant indépendamment l'une de l'autre la succession des biens situés dans leur territoire, chacune de ces coutumes lui réserve les quatre quints des propres situés dans son territoire; ce ne sont donc point les quatre quints des propres situés dans les différentes coutumes qui lui sont réservés; car il faudroit pour cela qu'il y eût une loi générale qui eût un empire sur tous les territoires, qui le lui réservât, et il n'y en a point; les quatre quints des propres situés en la coutume d'Orléans sont donc véritablement réservés à l'héritier séparément, et indépendamment des propres situés en la coutume de Paris, que la coutume de Paris lui réserve; il peut donc les retenir et retrancher sur le legs de tous les propres situés en la coutume d'Orléans qui a été fait au légataire.

Il reste une question : doit-il, pour retenir les quatre quints des propres situés à Orléans, offrir d'abandonner le quint de ceux situés à Paris, qui n'est pas légué ? Nous traiterons cette question au §. 5, où je renvoie.

Lorsque le défunt a laissé des propres situés dans une même coutume, mais affectés à différentes lignes, *putà* des propres paternels et des propres maternels, sont-ce les quatre quints de l'universalité générale de tous ces propres, ou les quatre quints des propres de chaque ligne qui sont réservés à l'héritier? Par exemple, si le défunt avoit pour quatre-vingt et tant de mille livres de propres paternels, et pour 20,000 livres seulement de propres maternels, et qu'il eût légué les propres maternels en entier, l'héritier aux propres maternels pourroit-il en retenir les quatre quints? La raison de douter est que la coutume permet en général et indistinctement de disposer du quint de ses propres, et *non plus avant*, d'où il semble suivre que dans cette espèce, le legs n'excédant pas le quint de tous les propres du testateur, il ne peut souffrir de retranchement; néanmoins je pense que l'héritier maternel peut, en ce cas, retenir les quatre quints des propres de cette ligne; la coutume ayant eu pour motif de conserver les biens dans les familles, elle a dû avoir en vue l'intérêt de chaque famille, et par conséquent son esprit est, non de réserver les quatre quints des propres en général, mais de réserver à chaque famille les

quatre quints des propres qui lui sont affectés. Lalande est d'avis contraire, et il s'appuie sur un arrêt rapporté par Charondas; mais il ne paroît pas que cet arrêt soit suivi, puisque Le Brun, Duplessis, Renusson, sont du sentiment que nous tenons.

Le légataire, en ce cas, doit-il être indemnisé sur les biens disponibles auxquels succèdent les héritiers paternels, du retranchement qu'ils souffrent de la part des maternels? Nous traiterons cette question ci-après au §. 5.

§. IV. En faveur de quel héritier la réserve des quatre quints est-elle faite?

C'est aux héritiers du côté et ligne d'où les propres procèdent, que nos coutumes réservent les quatre quints des propres; c'est pourquoi s'il ne se trouvoit aucun parent du défunt qui fût parent du côté de celui qui a mis l'héritage dans la famille, et qu'en conséquence les plus proches parens du défunt fussent héritiers de ces biens, non comme de biens propres, mais comme de biens ordinaires, il n'y auroit pas lieu à la réserve coutumière, et les legs que le défunt auroit faits seroient valables, non-seulement jusqu'à la concurrence du quint, mais jusqu'à la concurrence du total de ces propres, qui ne différeroient point en ce cas des biens ordinaires; à plus forte raison cette décision doit-elle avoir lieu, lorsqu'à défaut de parens, la succession est déférée ou à la veuve du défunt, ou au mari de la défunte, ou au fisc.

Observez que la réserve des quatre quints des propres est faite aux héritiers de la ligne en leur qualité d'héritiers; c'est pourquoi les plus proches parens de la ligne n'y peuvent avoir aucune part, s'ils ne se portent héritiers du défunt.

Si donc une personne ayant pour ses héritiers aux propres deux parens de la ligne au même degré, fait l'un d'eux son légataire universel, ce légataire universel, qui renoncera à la succession pour se tenir à son legs, ne pourra rien prétendre dans les quatre quints des propres qui appartiendront à l'autre parent seul qui se sera porté héritier.

En cela la légitime coutumière est différente de la légitime de droit; celle-ci est accordée aux enfans, principalement en leur qualité d'enfans; c'est pourquoi de deux enfans dont l'un est héritier, l'autre légataire, l'enfant héritier n'a que sa part dans la légitime de droit, l'enfant légataire est compté, et prend sa légitime dans ce qui lui est légué; mais la légitime

coutumière est accordée à l'héritier, en sa qualité d'héritier ; c'est pourquoi elle appartient en entier à ceux seulement qui ont pris la qualité d'héritiers.

§. V. De l'effet de la réserve.

Lorsque l'héritier se croit grevé de legs au-delà de la valeur des biens dont la coutume permet de disposer, il lui est permis de se décharger entièrement du legs, en abandonnant aux légataires les biens disponibles; c'est-à-dire les meubles, les acquêts, et le quint des propres.

Ce que l'héritier qui fait l'abandon devoit au défunt doit-il être compris dans cet abandon? La raison de douter pouvoit être que cette créance qu'avoit le défunt contre son héritier ayant été éteinte par la confusion qui s'en est faite, elle n'existe plus, et ne peut plus par conséquent être abandonnée; mais l'avantage de la libération de cette dette que l'héritier a ressenti en devenant l'héritier de son créancier, est un avantage subsistant que l'héritier a retiré de la succession, lequel doit faire partie de l'abandon. L'héritier qui fait cet abandon doit aussi compter de tous les fruits qu'il a perçus des biens disponibles; c'est-à-dire, des fruits des acquêts et du cinquième du fruit des propres, *nam fructus augent hæreditatem.*

L'héritier qui, ayant connoissance du testament, auroit disposé d'une partie du mobilier, sans faire aucun inventaire, pourroit n'être pas reçu à faire cet abandon, et être condamné à payer tous les legs particuliers, faute de pouvoir constater, comme il l'auroit dû, le montant du mobilier de la succession, dont il offre faire l'abandon; on peut, pour le décider, tirer argument de la constitution de Justinien, qui dénie la falcidie à l'héritier qui a manqué de faire inventaire.

Que si l'héritier avoit disposé du mobilier, sans faire inventaire avant que d'avoir connoissance du testament, je ne pense pas qu'on pût lui reprocher qu'il n'a point fait d'inventaire, mais qu'il seroit recevable dans ses offres de compter aux légataires du prix des choses dont il avoit disposé, sauf aux légataires à justifier les omissions.

A l'égard de l'héritier qui ne succède qu'aux propres, n'ayant à abandonner que la cinquième partie des propres, il est évident qu'il n'est pas besoin d'aucun inventaire pour cet abandon.

Sur les biens abandonnés par l'héritier aux légataires pour

l'acquittement des legs, il faut prendre de quoi payer une portion des dettes de la succession proportionnée à la raison dans laquelle sont ces biens abandonnés avec le total de la succession; par exemple, si le total des biens monte à 36,000 livres, et que les disponibles qu'on abandonne aux légataires montent à 24,000 livres, qui font les deux tiers des 36,000 livres, il faudra prendre sur ces 24,000 livres abandonnées aux légataires les deux tiers des dettes, frais funéraires et autres charges de la succession; *nec obstat*, que les légataires particuliers ne sont pas tenus des dettes de la succession; car il est vrai qu'ils n'en sont pas tenus directement, et par leurs qualités de légataires particuliers, et qu'en conséquence, s'il y avoit dans les biens disponibles de quoi acquitter entièrement tant les dettes que les legs, les légataires particuliers percevroient leurs legs, sans aucune diminution, sans rien porter des dettes; mais les biens disponibles que l'héritier abandonne pour l'acquittement des legs renfermant, en tant que *biens*, la charge et déduction des dettes, suivant cette règle, *bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno*, les légataires ne peuvent être payés que sur le surplus qui reste de ces biens, après que la portion de ces dettes dont ces biens disponibles sont tenus aura été acquittée; d'où il arrive que, si le surplus qui restera n'est pas suffisant pour acquitter tous les legs, les légataires souffrent indirectement des dettes.

On doit retenir et déduire sur les biens disponibles abandonnés par l'héritier, non-seulement ce qui est dû à des tiers, pour la part que ces biens en doivent porter, mais même ce que le défunt devoit à l'héritier qui fait l'abandon pour la part que lesdits biens en doivent porter; l'héritier qui en étoit le créancier, en faisant sur lui-même confusion de cette dette, l'a, par cette confusion, acquittée en entier à ses dépens, et a libéré les biens disponibles de la part que lesdits biens en devoient porter, et il en doit par conséquent être indemnisé sur lesdits biens pour ladite part, comme il le seroit des dettes qu'il auroit payées en entier à des tiers à qui elles étoient dues.

Lorsqu'il y a des dettes conditionnelles dont la condition est encore pendante, ou des dettes contestées, il n'y a rien à retenir pour raison desdites dettes, puisqu'il n'est pas certain qu'il soit rien dû; mais l'héritier peut demander que les légataires auxquels il fait l'abandon lui donnent caution de rapporter la part dont les biens abandonnés doivent être tenus

desdites dettes, si la condition existe, ou qu'il soit jugé qu'elles soient dues; et faute de donner cette caution, on doit laisser en dépôt la somme à laquelle pourra monter cette part.

Lorsque depuis l'abandon, des dettes qui n'étoient pas connues sont apparues, que l'héritier a été obligé de payer en entier, l'héritier a action contre les légataires pour répéter contre eux la part que les biens disponibles abandonnés doivent porter de ces dettes. Cette action est celle qu'on nomme en droit *condictio indebiti*, qui a lieu lorsque quelqu'un a payé plus qu'il ne devoit; car l'héritier, en faisant son abandon, sans retenir cette somme qu'il avoit droit de retenir, et qu'il auroit retenue si ces dettes eussent été pour lors connues, se trouve avoir payé aux légataires plus qu'il ne devoit.

Chacun des légataires est tenu de cette action à proportion de ce qu'il a eu pour sa part dans les biens abandonnés.

Après qu'on a déduit et prélevé sur les biens disponibles la somme à laquelle monte la part que ces biens doivent porter des dettes et autres charges de la succession, ce qui en reste doit se partager entre tous les légataires particuliers au prorata et au marc la livre de leurs legs; s'il ne se trouve pas de quoi acquitter tous les legs, chaque legs souffrira diminution à proportion de ce qui manque pour l'acquittement du total.

Les legs faits à des hôpitaux, ceux faits pour des prières et autres legs pieux n'ont aucun privilége dans cette contribution; cela a été jugé il y a fort long-temps contre l'Hôtel-Dieu d'Orléans.

C'est une question si les légataires de corps certains qui se trouvent en nature parmi les biens abandonnés, doivent entrer dans cette contribution avec les légataires de sommes d'argent ou de choses indéterminées, et souffrir dans leurs legs la même diminution que souffriront les autres légataires, ou s'ils doivent prendre le corps certain qui leur est légué, sans entrer dans aucune contribution avec les autres legs? En faveur de la contribution, on cite la loi 56, §. 4, ff. *ad leg. falc.* qui décide nettement que le legs d'un corps certain et le legs d'une somme d'argent souffrent l'un et l'autre un semblable retranchement pour la falcidie; on ajoute que le testateur ayant également voulu que les légataires d'une somme d'argent eussent la somme entière qu'il leur a léguée, comme il a voulu que les légataires de corps certains eussent les corps certains entiers qu'il leur a légués; la condition des uns et des

autres qui ont en leur faveur une égale volonté du testateur, doit être égale, et ils doivent par conséquent souffrir un égal retranchement dans leurs legs, lorsque la volonté du testateur ne peut pas s'accomplir en entier.

D'un autre côté, pour le sentiment contraire, on dit que le testateur a, en mourant, transféré la propriété des corps certains qu'il a légués, aux légataires auxquels il les a légués, suivant les principes que nous verrons *infrà*, ch. 2; ces légataires ont donc droit de se faire délivrer la possession des choses qui leur appartiennent, les dettes de la succession étant une charge de l'universalité des biens, et non de ces corps certains que le testateur en a distraits pour les léguer, suivant cette maxime : *æs alienum universi patrimonii, non singularum rerum onus est.* Les légataires de ces corps certains ne peuvent être tenus des dettes, tant qu'il y a dans l'universalité des biens disponibles de quoi acquitter la part des dettes dont cette universalité est tenue. Ces légataires de corps certains n'ayant rien de commun avec les autres légataires dont les legs doivent être acquittés sur ce qui restera de l'universalité des biens disponibles, il n'y a aucune raison qui puisse obliger ces légataires de corps certains à venir en contribution avec les légataires particuliers de sommes d'argent et autres dont les legs sont payables sur l'universalité des biens disponibles, puisque ces légataires de corps certains n'ont rien à prendre dans cette universalité, étant légataires de choses que le testateur en a distraites et séparées en les leur léguant. A l'égard de ce qui a été allégué ci-dessus en faveur de la contribution, la réponse est que l'argument tiré de la loi falcidienne n'a ici aucune application; la quarte falcidienne étoit la quarte de tous les biens que le testateur délaissoit lors de sa mort, lorsque ces biens se trouvoient épuisés par les legs, l'héritier avoit droit de retenir sa quarte dans tout ce qui composoit les biens de la succession; il étoit propriétaire par indivis pour un quart des corps certains qui avoient été légués, avec les légataires, qui, au moyen de la falcidienne, n'en étoient propriétaires que pour les trois autres quarts; c'est pourquoi la falcidienne s'exerce également sur les legs de corps certains comme sur les autres; mais dans notre droit coutumier la légitime que nos coutumes accordent à l'héritier consistant dans les quatre quints des propres seulement, et ne s'étendant point aux autres biens, les lois qui concernent la falcidienne

n'ont aucune application. A l'égard de l'autre objection, la réponse est que le testateur, en n'assignant aucun corps certain de ses biens aux légataires de sommes d'argent et de choses indéterminées, a voulu qu'ils fussent payés sur ce qui resteroit de l'universalité des biens disponibles, après qu'on en auroit distrait les corps certains dont il avoit spécialement disposé. Cette volonté renferme tacitement la condition, Si et autant qu'il se trouvera dans lesdits biens de quoi les acquitter, et en cela ces legs diffèrent de ceux des corps certains, qui ne renferment point une pareille condition, mais qui sont sujets à s'éteindre, si le corps certain qui en fait l'objet venoit à périr. Ce dernier sentiment, qui n'assujettit point les légataires de corps certains à la contribution, me paroît le plus probable; c'est celui de Duplessis.

Lorsque le testateur a légué certains héritages propres qui font plus que le quint de ses propres, c'est une grande question si, pour pouvoir retenir sur les propres légués l'excédant du quint que les coutumes lui permettent de léguer, l'héritier est obligé d'abandonner au légataire tous les biens disponibles auxquels il succède? Pour la négative, on allègue ce brocard de droit, *voluit quod non potuit, noluit quod potuit.* L'héritier peut retenir l'excédant du quint des propres, parce que le testateur, en le léguant, a voulu ce qu'il ne pouvoit, *voluit quod non potuit;* mais il n'est pas obligé, dit-on, d'abandonner à la place au légataire les biens disponibles; car on ne peut pas dire qu'il ait voulu les lui léguer, *noluit quod potuit*, et par conséquent le légataire ne peut pas les prétendre.

On ajoute qu'un testateur peut bien, à la vérité, léguer les choses d'autrui, et celles qui appartiennent à son héritier, mais qu'il ne peut pas léguer celles dont le legs est spécialement défendu : or, dit-on, tel est l'excédant du quint des propres, puisque nos coutumes disent absolument, *peut tester de ses meubles et acquêts et quint des propres, et non plus avant.* On ajoute que, suivant la constitution de Justinien, en la loi 36, *Cod. de inoff. test.* suivie parmi nous, lorsque quelqu'un a légué l'usufruit de tous ses biens, l'enfant qui retient la propriété de la portion des biens qui lui est due pour sa légitime, n'est pas obligé, pour retenir l'usufruit de cette portion, d'abandonner au légataire, à la place de cet usufruit qu'il lui ôte, la propriété de l'autre portion des biens que le testateur auroit pu léguer, s'il l'eût voulu; d'où l'on conclut *à pari*,

que l'héritier n'est pas obligé, pour retenir sa légitime coutumière dans les propres, d'abandonner les autres biens disponibles. Nonobstant ces raisons, l'opinion de ceux qui pensent que l'héritier ne peut retenir les quatre quints des propres, qu'en abandonnant tous les biens disponibles auxquels il succède, me paroît la plus probable. La coutume, en réservant à l'héritier les quatre quints des propres du défunt, ne lui peut pas donner plus de droit dans ces propres, qu'il en a dans sa propre chose; par conséquent si, suivant qu'il est défini en droit, il ne peut refuser la prestation du legs de sa propre chose, qu'en abandonnant les biens disponibles auxquels il succède, il ne peut, par la même raison, refuser la prestation du legs des propres, même pour les portions que la loi lui réserve, qu'en abandonnant au légataire les biens disponibles. La différence qu'on veut mettre pour se tirer de cet argument entre le legs de la propre chose de l'héritier, et le legs des quatre quints des propres, en disant qu'aucune loi ne défend de léguer la chose de son héritier, et que notre loi municipale défend de léguer les quatre quints des propres, n'a aucune solidité; car premièrement on ne trouvera pas que nos coutumes de Paris et d'Orléans défendent expressément de léguer les quatre quints des propres; ces termes, *et non plus avant*, qui se trouvent après ceux-ci, *peuvent disposer par testament... de tous leurs biens meubles, acquêts et conquêts immeubles, et de la cinquième partie de tous leurs propres héritages*, se rapportent à toute la phrase, et non pas seulement aux derniers mots, *et de la cinquième partie de tous leurs propres*; et par conséquent la loi ne défend pas simplement de disposer *plus avant* que de la cinquième partie des propres, mais elle défend de disposer *plus avant que de tous les meubles, acquêts et quints des propres* : la loi n'a donc pas tant voulu annuler le legs de ce qui excéderoit le quint des propres, qu'elle a voulu conserver à l'héritier cet excédant, et lui permettre de le retenir en abandonnant à la place au légataire les autres biens disponibles auxquels il succède, et il paroît que c'est son esprit, par l'art. 195, par lequel elle lui permet de faire cet abandon. 2° Quand même la loi, en permettant de léguer le quint des propres avec les autres biens disponibles, auroit expressément défendu de disposer des quatre autres quints, cette défense qui ne se seroit faite que pour l'intérêt de l'héritier à qui la loi veut les conserver, n'auroit d'autre effet que

de donner à l'héritier le droit de les retenir, en abandonnant les biens disponibles que le testateur lui a laissés, pouvant les lui ôter; ce qui se prouve par l'exemple du legs qu'un mari a fait d'un fonds dotal de sa femme : certainement toute disposition du fonds dotal, soit entre-vifs, soit testamentaire, est expressément défendue au mari par la loi *Julia;* néanmoins le jurisconsulte en la loi 13, §. 4, ff. *de fund. dotal.*, décide que le legs du fonds dotal est valable, lorsque le mari a institué héritière sa femme, à qui le fonds dotal devoit être rendu, et qu'il lui laisse dans sa succession autant ou plus que ne vaut le fonds dotal; et la raison est parce que la femme, pour l'intérêt de laquelle la défense de l'aliénation du fonds dotal est faite, se trouve hors d'intérêt, trouvant dans la succession des biens qui équipollent à ce fonds dotal, et ayant même la liberté de le conserver, en n'acceptant pas la succession; par la même raison, le legs des propres, même pour les quatre quints, doit valoir, lorsque le testateur laisse à la place à son héritier d'autres biens dont il auroit pu disposer, puisque cet héritier, pour l'intérêt duquel la loi a été faite, a d'autres biens à la place des quatre quints des propres, et qu'il est même le maître de les retenir en abandonnant les autres biens. On voudra peut-être établir une différence entre la femme pour le fonds dotal, et l'héritier pour les quatre quints des propres, en disant que la loi *Julia* ayant eu en vue de conserver une dot à la femme, pour qu'elle puisse se remarier, il est indifférent pour cette vue qu'elle ait son fonds dotal ou d'autres biens à la place; au lieu que la vue de la coutume étant de conserver les propres dans les familles, il n'est pas indifférent pour la vue de la loi que ce soit ces propres ou d'autres biens à la place qui soient réservés à l'héritier; la réponse est qu'il suffit, pour remplir la vue de la coutume, que l'héritier demeure le maître de conserver ces propres, en abandonnant les biens disponibles; qu'il ne peut pas avoir plus d'affection aux propres de la succession du testateur qu'à ses propres biens; néanmoins on convient que le legs de la propre chose de l'héritier est valable; pourquoi celui des propres du testateur ne le seroit-il pas, même pour les quatre quints, lorsque le testateur laisse à l'héritier d'autres biens disponibles, qu'il est le maître d'abandonner s'il veut conserver lesdits quatre quints?

A l'égard de l'argument qu'on tire de la constitution de

Justinien, qui, dans le cas d'un legs d'usufruit de tous les biens, permet à l'enfant légitimaire de retenir la pleine propriété de sa légitime, sans être obligé d'abandonner au légataire la propriété de l'autre portion des biens de la succession dont le testateur auroit pu disposer, la réponse est que cette constitution, contenant un droit singulier qui n'est fondé que sur la grande faveur de la légitime de droit, ne doit pas être étendue à la légitime coutumière, qui n'a pas la même faveur.

L'opinion que nous avons suivie est celle de Dumoulin sur la coutume de Paris, et en ses notes sur les coutumes de Montargis et d'Auvergne. Ricard l'accuse mal à propos de tomber en contradiction avec lui-même par sa note sur l'article 263 de la coutume de Rheims.

La jurisprudence n'est pas bien certaine sur cette question; il y a beaucoup d'arrêts pour et contre, et il y en a un assez moderne contraire à notre opinion. Ricard et Duplessis apportent un tempérament à l'opinion que nous avons embrassée; ils pensent que l'héritier qui veut retenir les quatre quints des propres qui ont été légués, ne doit pas être obligé d'abandonner précisément aux légataires tous les biens disponibles, et qu'il doit suffire qu'il en abandonne jusqu'à la concurrence de la valeur des quatre quints qu'il veut retenir; ce tempérament est rejeté par Dufresne en son Journal des audiences, et le sentiment de Dufresne paroît plus conforme aux principes de droit, qui ne permettent pas à l'héritier grevé du legs de sa propre chose d'en donner l'estimation à la place.

C'est une question qui dépend de la décision de la précédente, de savoir si, lorsque le testateur a légué tous les propres situés dans une coutume, l'héritier qui veut retenir la portion que cette coutume lui réserve, est obligé d'abandonner au légataire les portions disponibles des propres situés dans les autres coutumes. Dumoulin décide pour l'affirmative; car en sa note sur l'art. 4, chap. 12, de la coutume d'Auvergne qui défend de léguer plus du quart de ses biens, il dit: *Fallit si habet bona alibi sita, ubi potest ampliùs legare, quia residuum capietur in bonis alibi sitis.*

Lorsque l'héritier aux propres, qui retranche du legs d'un héritage propre les quatre quints que la loi lui réserve, n'est point l'héritier des autres biens disponibles, le légataire peut-il demander aux héritiers des biens disponibles l'estimation des quatre quints des propres qui lui ont été retranchés? Du-

moulin sur Paris, §. 93, décide qu'il ne le peut, *quia*, dit-il, *legatum est de certo corpore;* or, le testateur qui lègue un corps certain de sa succession, n'est censé charger de ce legs que ceux de ses héritiers qui y succèdent, comme nous le verrons par la suite; ne pourroit-on pas dire que cette règle n'a lieu que lorsque l'héritier qui succède à ce corps certain pouvoit être chargé de la prestation du legs de ce corps certain; mais que, lorsqu'il ne pouvoit pas en être chargé, le testateur doit être présumé en avoir chargé ses autres héritiers qui n'y succèdent pas? Il est certain qu'il pouvoit, s'il eût voulu, charger de la prestation des quatre quints des propres l'héritier de l'autre ligne, puisqu'on peut charger son héritier de la prestation du legs de la chose d'autrui; or, on ne doit pas présumer qu'il l'a voulu, puisqu'il n'avoit pas d'autres moyens de les léguer valablement, qu'en chargeant de la prestation de ces quatre quints l'héritier de l'autre ligne, qui succède à ses biens disponibles, et qu'il en pouvoit seul charger, et que c'est une maxime puisée dans la nature, que quiconque veut la fin est censé vouloir les moyens obviés et nécessaires pour y parvenir.

Nonobstant ces raisons, je ne crois pas que le légataire puisse réussir dans sa demande contre les héritiers aux meubles et acquêts, car si, sur les questions précédentes, ce n'est qu'avec grande peine qu'on s'est déterminé à récompenser le légataire sur les meubles et acquêts, lorsque c'est le même héritier qui succède aux propres, et aux meubles et acquêts, et que la jurisprudence n'en est pas même bien constante, cette récompense doit souffrir infiniment plus de difficulté, lorsque ce ne sont pas les mêmes héritiers.

CHAPITRE V.

De l'exécution des testamens, de l'effet des legs, et des actions des légataires.

SECTION PREMIÈRE.

Des exécuteurs testamentaires.

Quoique l'héritier soit chargé de droit de l'exécution des dernières volontés du défunt, et qu'il ne soit pas nécessaire d'en charger d'autres personnes, néanmoins il est assez d'usage

que les testateurs, pour procurer une plus sûre, plus exacte et plus diligente exécution de leurs dernières volontés, nomment, par leurs testamens, des personnes à qui ils la confient; on les appelle *exécuteurs testamentaires.*

ARTICLE PREMIER.

De la nature de la charge d'exécuteur testamentaire, et quelles personnes peuvent la remplir.

La charge d'exécuteur testamentaire n'est point une charge publique, c'est un simple office d'ami; d'où il résulte, 1° que cette charge est volontaire, et que les personnes que le testateur a nommées pour ses exécuteurs testamentaires ne peuvent être forcées à accepter cette charge.

De là il suit, 2° que les personnes qui ne sont pas capables de fonctions publiques et offices civils ne laissent pas de pouvoir être exécuteurs, pourvu néanmoins qu'elles soient capables de s'obliger; car un exécuteur étant comptable de son exécution, doit être capable de s'obliger à la reddition de son compte.

Il suit de ces principes qu'une femme peut être exécutrice testamentaire, quoique elle ne soit pas capable des fonctions publiques et offices civils.

Si néanmoins elle est sous puissance de mari, elle ne peut accepter ni exercer cette charge qu'avec l'autorité de son mari, parce que cette autorité lui est nécessaire pour s'obliger; un moine ne peut être exécuteur testamentaire, parce qu'il ne peut s'obliger.

Un mineur ne peut être exécuteur testamentaire, parce qu'étant restituable contre les obligations qu'il contracte, il ne s'oblige pas efficacement.

Néanmoins, s'il étoit émancipé, et que l'objet de l'exécution testamentaire étant peu considérable, les obligations qui en pourroient résulter fussent proportionnées à ses revenus, dont l'émancipation lui donne droit de disposer, il ne devroit pas être exclu de l'exécution.

Un homme sans biens peut-il être exécuteur testamentaire? Il semble que non, puisqu'il faut qu'un exécuteur puisse s'obliger, et que vis-à-vis de ceux à qui il doit rendre compte de son exécution, ce soit presque même chose qu'il ne puisse s'obliger ou qu'il soit sans biens; *cùm perindè sit*

non habere actionem et habere inanem; néanmoins, *in praxi*, un homme, quoique sans biens, ne peut guère être refusé pour exécuteur testamentaire; car les héritiers ne sont pas recevables à demander qu'il justifie sa solvabilité, ni encore moins qu'il donne caution: le testateur ayant suivi sa foi, les héritiers doivent la suivre. On peut aussi tirer argument de ce qui est décidé en droit, que la pauvreté n'est pas une raison pour exclure d'une tutèle celui que le testateur a nommé pour tuteur de ses enfans.

Que s'il étoit survenu un dérangement considérable dans les affaires de l'exécuteur testamentaire depuis le testament, surtout s'il avoit fait faillite, il pourroit être exclu de l'exécution testamentaire; car alors il y a lieu de présumer que si le testateur eût prévu ce qui est arrivé, il ne l'auroit pas nommé pour son exécuteur.

Il reste à observer qu'on peut nommer pour exécuteurs testamentaires, même ceux *quibuscum non est testamenti factio*, c'est-à-dire envers lesquels on ne peut pas disposer par testament.

C'est pourquoi dans nos coutumes, qui ne permettent pas au mari de rien laisser par testament à sa femme, *aut vice versâ*, un mari ne laisse pas de pouvoir nommer sa femme pour son exécutrice testamentaire.

Par la même raison, je pense qu'on peut nommer pour exécuteur testamentaire un étranger non naturalisé; car c'est un pur office d'ami, comme nous l'avons vu; ce n'est point un office civil, ni encore moins une fonction publique dont les étrangers sont incapables.

Observez que lorsque le testateur a nommé pour exécuteur testamentaire une personne à qui il n'est pas permis de rien laisser par testament, il ne laisse pas de pouvoir lui faire, par son testament, un présent modique pour le récompenser des soins de l'exécution.

ARTICLE II.

De la saisine des exécuteurs testamentaires.

§. I. Ce que c'est, et quelle est l'origine de ce droit.

Le pouvoir des exécuteurs testamentaires consiste principalement dans la saisine, que les coutumes accordent à l'exécuteur testamentaire, pour l'accomplissement du testament.

Cette saisine est compatible avec celle de l'héritier; car cette saisine, qui est accordée à l'exécuteur, n'est pas une vraie possession; l'exécuteur, par cette saisine, est constitué séquestre; il n'est en possession qu'au nom de l'héritier; c'est l'héritier qui est le vrai possesseur de tous les biens de la succession, suivant la règle, *le mort saisit le vif;* c'est la doctrine de Dumoulin, qui, sur l'art. 95, de Paris, dit : *Hæc consuetudo non facit quin hæres sit saisitus ut dominus, sed operatur quod executor potest ipse manum ponere et apprehendere..... et etiam executor non est verus possessor, et nisi ut procurator tantùm.*

Cette saisine des exécuteurs testamentaires est de droit coutumier, et ne vient point du droit romain. Quelquefois, chez les Romains, un testateur nommoit une personne qui n'étoit ni son héritier ni son légataire, pour exécuter les legs d'alimens qu'il avoit faits à ses affranchis ou à d'autres personnes; mais cet exécuteur testamentaire devoit recevoir des mains de l'héritier les sommes ou autres choses que le testateur avoit destinées pour la prestation desdits alimens.

§. II. De l'étendue de cette saisine.

Nos coutumes sont différentes sur l'étendue qu'elles donnent à la saisine de l'exécuteur testamentaire. La coutume de Paris, art. 297, et la plupart des coutumes, saisissent l'exécuteur testamentaire des biens meubles de la succession durant l'an et jour du décès, pour l'accomplissement du testament. La coutume d'Orléans, art. 290, et quelques autres, saisissent l'exécuteur, non-seulement des meubles, mais même des héritages de la succession.

Une autre différence entre la coutume de Paris et celle d'Orléans, est que celle de Paris saisit indéfiniment l'exécuteur des biens meubles de la succession; elle ne restreint point cette saisine à ce qui est précisément nécessaire pour l'accomplissement du testament; c'est pourquoi il y a lieu de penser que, dans la coutume de Paris, l'héritier ne seroit pas recevable pour exclure l'exécuteur de cette saisine, de lui offrir somme à suffire pour l'accomplissement du testament. La coutume de Meaux peut en cela servir d'interprétation à celle de Paris; elle porte en ces termes, en l'art. 340, et supposé que l'héritier offre accomplir le testament et bailler caution, ou laisser ès-mains de l'exécuteur autant que monte le clair du testa-

ment, l'exécuteur, toutefois dedans l'an et jour, ne sera dessaisi.

Au contraire, la coutume d'Orléans restreint la saisine des biens meubles et immeubles de la succession qu'elle accorde à l'exécuteur, à la concurrence de ce qui est nécessaire pour l'exécution du testament; car elle s'exprime ainsi, art. 290 : *Les exécuteurs sont saisis des biens meubles et héritages du testateur, jusqu'à la valeur et accomplissement du testament.*

C'est pourquoi il n'est pas douteux, dans notre coutume, que l'héritier est recevable à empêcher l'exécuteur d'être en possession des biens de la succession, en offrant de lui remettre entre les mains somme à suffire pour l'accomplissement du testament.

Observez que l'accomplissement du testament comprend non-seulement l'acquittement des legs, mais aussi celui des dettes mobilières de la succession; car l'acquittement de ces dettes fait partie de l'exécution testamentaire, suivant que cela est formellement exprimé en l'art. 291 de notre coutume, ce qui vient de ce que c'étoit autrefois une clause ordinaire des testamens, que le testateur ordonnoit que ses dettes fussent acquittées; et cette clause étant clause ordinaire des testamens, y est toujours sous-entendue, quand même elle n'y seroit pas exprimée.

§. III. Si le testateur peut restreindre la saisine de l'exécuteur, et s'il peut l'étendre.

Le testateur peut, soit dans la coutume de Paris, soit dans la coutume d'Orléans, restreindre cette saisine de l'exécuteur à une certaine somme : cela est porté par l'art. 297 de Paris, et 290 d'Orléans. Il n'est pas douteux qu'en ce cas l'héritier peut empêcher l'exécuteur d'être en possession des biens de la succession, en lui offrant la somme portée par le testament, quand même elle ne seroit pas suffisante pour son accomplissement.

Mais quoique le testateur ait déterminé la somme dont son exécuteur seroit saisi, l'exécuteur n'est pas pour cela réduit au droit de demander cette somme à l'héritier, et tant que l'héritier ne la lui offre pas, l'exécuteur peut de lui-même se mettre en possession des biens de la succession, jusqu'à concurrence néanmoins de cette somme, à moins que le testateur

n'eût expressément décidé que l'exécuteur recevroit cette somme de son héritier.

Observez que lorsque la somme dont le testateur a voulu que son exécuteur fût saisi n'est pas suffisante pour l'entier accomplissement du testament, l'exécution testamentaire ne laisse pas de s'étendre à tout le testament; mais l'exécuteur ne peut se mettre de lui-même en possession des biens du testateur que jusqu'à concurrence de la somme réglée par le testament, et il doit recevoir des mains de l'héritier le surplus de ce qui est nécessaire pour l'entier accomplissement du testament. Le testateur peut bien restreindre la saisine que les coutumes accordent à l'exécuteur testamentaire; mais peut-il l'étendre? Par exemple, dans la coutume de Paris, le testateur pourroit-il ordonner que l'exécuteur seroit saisi, non-seulement de ses meubles, mais même de ses héritages? Pourroit-il, dans la coutume d'Orléans, ordonner qu'il seroit saisi de ses biens jusqu'à concurrence d'une somme plus grande que celle à laquelle monte l'exécution du testament? Je ne le pense pas : car c'est par la vertu de la loi que l'exécuteur a cette saisine des biens du testateur : comme c'est en faveur du testateur que la loi l'accorde, le testateur peut bien déroger à un droit qui n'est établi qu'en sa faveur, et le restreindre; mais il ne peut l'étendre, car il ne peut par sa seule volonté saisir de ses biens après sa mort son exécuteur, n'y ayant que la loi qui puisse accorder à l'exécuteur cette saisine; le testateur ne peut l'accorder au-delà de ce que la loi accorde. C'est l'avis de Ricard, qui est mal à propos rejeté par Lemaître.

§. IV. Des effets de la saisine de l'exécuteur.

Les effets de la saisine de l'exécuteur testamentaire sont que l'exécuteur peut se mettre de lui-même en possession des biens de la succession dont la coutume le saisit, en faisant néanmoins par lui un inventaire en présence des héritiers, ou eux appelés lorsqu'ils sont sur le lieu; sinon en présence du procureur du roi ou fiscal, comme nous le verrons par la suite.

L'exécuteur peut vendre à sa requête les meubles; mais il doit faire cette vente du consentement de l'héritier, et si l'héritier n'y consent pas, il doit l'assigner pour faire ordonner cette vente par le juge, ce que l'héritier ne pourra empêcher,

à moins qu'il n'offrît de remettre à l'exécuteur les sommes nécessaires pour l'exécution du testament.

C'est la doctrine de Dumoulin sur l'art. 95, nº 10, *potest apprehendere, non autem vendere, sine hæredc.*

Quoique la coutume de Paris le saisisse indéfiniment de tous les meubles, néanmoins le juge ne lui doit permette d'en vendre que jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour l'accomplissement du testament; *non potest vendere sine hærede, et usque ad concurrentiam tantùm. Mol. d. loco.*

A l'égard des héritages, quoique la coutume d'Orléans saisisse même des héritages l'exécuteur testamentaire, il ne peut ni les vendre, ni faire condamner l'héritier à en faire souffrir la vente, la saisine que la coutume lui en accorde n'étant qu'à l'effet d'en toucher les revenus pendant le temps que dure son exécution.

Il ne peut pas même en faire les baux, le temps de son exécution étant trop court.

C'est une suite de la saisine des biens meubles de la succession que l'exécuteur peut, en sa qualité d'exécuteur, contraindre au paiement les débiteurs de la succession, et recevoir ce qu'ils doivent; et s'il n'y a point de titre exécutoire contre eux, il peut, en sa qualité, donner contre les débiteurs des demandes en justice.

Mais il ne pourroit pas, dans la coutume de Paris, recevoir le remboursement d'une rente, parce que cette coutume ne le saisit que des biens meubles.

Dans la coutume d'Orléans, qui saisit même des héritages l'exécuteur testamentaire, il sembleroit que l'exécuteur pourroit recevoir le remboursement des rentes dues à la succession; néanmoins, comme ce remboursement contient une aliénation d'immeubles, il est de la sûreté du débiteur de faire ce remboursement à l'héritier.

L'exécuteur étant saisi même des héritages dans la coutume d'Orléans, c'est une suite qu'il peut intenter les actions pour raison de ces héritages.

C'est pourquoi notre coutume, art. 290, dit qu'il peut intenter complainte; ce qui doit s'entendre en ce sens, qu'il peut intenter cette action en sa qualité d'exécuteur et de procureur légal de l'héritier, ou de la succession, contre des tiers qui le troubleroient en la possession, en laquelle il est au nom de l'héritier ou de la succession.

Peut-il l'intenter contre l'héritier lui-même, qui le troubleroit dans la saisine des biens de la succession que la coutume lui accorde? Lalande a dit mal à propos qu'il le pouvoit, l'héritier étant le vrai possesseur des biens de la succession, l'exécuteur ne les possédant qu'en son nom, il est évident qu'il ne peut pas former contre lui la complainte; il a seulement, en ce cas, une action qu'on appelle en droit *in factum*, par laquelle il peut conclure à ce qu'il soit fait des défenses à l'héritier de le troubler dans la disposition qu'il doit avoir des biens de la succession, pour l'accomplissement du testament.

L'exécuteur peut aussi, dans notre coutume d'Orléans, intenter les actions pétitoires pour raison des héritages et droits appartenant à la succession, telles que l'action de revendication, l'action hypothécaire, etc.; elle s'en explique formellement, art. 291, *peut intenter toutes actions possessoires, pétitoires, personnelles et autres.*

Lorsqu'il y a plusieurs exécuteurs, un seul peut intenter ces actions; on peut tirer argument de la loi 24, §. 1, ff. *de admin. tut.*

Notre coutume d'Orléans donne aussi pouvoir à l'exécuteur testamentaire de défendre aux actions non-seulement des légataires, mais à celles des créanciers de la succession pour dettes mobilières; car l'acquittement de ces dettes, comme celui des legs, entre dans l'exécution. Notre coutume le décide expressément, art. 291 : *Lesdits exécuteurs.... peuvent dedans l'an être convenus, et doivent, comme exécuteurs, répondre des dettes et choses mentionnées audit testament.*

Ils font néanmoins prudemment de dénoncer ces actions à l'héritier; car, faute de le faire, l'exécuteur s'exposeroit à des contestations avec l'héritier, qui pourroit soutenir qu'il n'a pas bien défendu aux demandes contre lui données, qu'il y avoit de bons moyens pour en obtenir le congé, et, sur ce prétexte, refuser de lui passer ce qu'il auroit été condamné de payer.

Les intérêts doivent-ils courir au profit du créancier ou du légataire qui a donné sa demande contre l'exécuteur, du jour de cette demande, ou seulement du jour qu'elle a été dénoncée à l'héritier? Duplessis dit qu'ils ne doivent courir que du jour de la dénonciation, parce que ce n'est que de ce jour que l'héritier, qui est le vrai débiteur, est constitué en demeure. Je pense qu'ils doivent courir du jour de la demande

donnée contre l'exécuteur, la coutume autorisant à donner la demande contre l'exécuteur; cette demande met l'héritier en demeure par l'exécuteur qui le représente, comme un mineur est mis en demeure par l'interpellation faite à son tuteur. Il est vrai que l'héritier, à qui l'exécuteur aura tardé à dénoncer la demande, pourra refuser de passer à l'exécuteur les intérêts avant la dénonciation; mais ils sont dus au demandeur.

ARTICLE III.

Des obligations de l'exécuteur testamentaire.

§. I. De l'inventaire.

La première obligation de l'exécuteur testamentaire, qui a accepté cette charge, est de faire inventaire des effets de la succession ; ce n'est qu'en faisant cet inventaire qu'il est saisi des biens de la succession; il ne doit point s'immiscer auparavant, à moins que ce ne soit pour choses urgentes, comme, par exemple, ce qui concerne les obsèques du défunt.

Cet inventaire doit être fait avec les héritiers, s'il y en a d'apparens dans le lieu; l'exécuteur n'est pas obligé de chercher ceux qui seroient hors l'étendue du bailliage. A défaut d'héritiers, il doit faire son inventaire en présence du procureur du roi, ou autre officier chargé du ministère public, dans la juridiction du domicile qu'avoit le testateur lors de son décès.

C'est une question entre les auteurs français, si le testateur peut remettre à l'exécuteur testamentaire l'obligation de faire inventaire. Ricard pense qu'il le peut, par la raison que qui peut le plus, peut le moins; *qui potest plus, potest et minùs*; d'où il conclut que le testateur, qui pouvoit léguer à son exécuteur tous ses meubles, peut, à plus forte raison, le décharger d'en faire inventaire, cette décharge de faire inventaire étant un bien moindre avantage que le legs qui en seroit fait à l'exécuteur. On tire aussi argument de la loi *fin. cod. arb. tut.*, qui, par une raison semblable, permet au testateur de remettre l'obligation de faire inventaire à un tuteur testamentaire. Nonobstant ces raisons, je crois préférable le sentiment de Bacquet, Tronçon et autres, qui pensent que l'exécuteur n'en peut être dispensé. La raison est que l'exécuteur tenant de la loi la saisine des biens de la succession plutôt que du

testateur, qui ne peut par sa seule volonté la lui donner après sa mort, il ne peut l'avoir que sous les conditions sous lesquelles la loi la lui accorde.

§. II. De la gestion de l'exécuteur.

L'exécuteur, après qu'il a fait inventaire, doit acquitter les legs portés par le testament, et les dettes mobilières des deniers qu'il a trouvés dans la succession, s'ils suffisent; mais il doit requérir pour cela le consentement de l'héritier, et, s'il le refuse, le faire ordonner par le juge; sans quoi il courroit le risque que l'héritier, qui prétendroit avoir de bons moyens pour se défendre de payer ce qui a été payé pour lui par l'exécuteur, refusât de lui passer dans son compte ce qu'il auroit payé.

Si les deniers trouvés dans la succession, ou ce qui peut être promptement exigé par les débiteurs, ne suffit pas pour acquitter les dettes mobilières et les legs, l'exécuteur doit faire procéder à une vente publique des meubles jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire pour les acquitter; mais, comme nous l'avons dejà dit, il doit faire cette vente avec le consentement de l'héritier, ou en vertu d'une sentence du juge qui l'aura ordonnée sur la demande que l'exécuteur en aura formée contre l'héritier.

Dans notre coutume, où l'exécuteur est saisi même des héritages, l'exécuteur, pendant le temps de son exécution, les doit faire valoir, faire faire les vendanges, acheter les tonneaux, etc.

§. III. Du compte d'exécution.

L'exécuteur doit rendre compte de son exécution à l'héritier, ou autres successeurs universels.

Si le testateur l'avoit par son testament déchargé de rendre compte, cette décharge ne le dispenseroit pas de rendre aucun compte; et tout l'effet seroit qu'on ne pourroit le rendre responsable de ce qu'il auroit pu pécher par négligence dans le cours de son exécution, *arg.* L. 5, §. 7, ff. *de adm. tutor.*

L'exécuteur ne peut coucher en mise que ce qu'il a dépensé, et ne peut prétendre aucun salaire pour les soins qu'il s'est donnés; car l'exécution testamentaire est un service d'ami, qui de sa nature est gratuit; mais il est d'usage que le testateur fasse, par son testament, un présent à son exécuteur, en

reconnoissance des soins qu'il se donnera pour l'exécution. L'exécuteur qui a accepté la charge doit avoir ce présent, et s'il refuse l'exécution, il ne peut le demander.

Lorsque l'exécuteur se trouve créancier par son compte pour les dettes et legs qu'il a acquittés, il a, selon Dumoulin, une hypothèque tacite sur les biens de la succession qu'il a déchargée, avec cette différence que si c'est pour acquittement de dettes, même chirographaires, qu'il est créancier, il a cette hypothèque sur tous les biens de la succession, tant sur les propres que sur les autres; que s'il est créancier pour des legs qu'il a acquittés, il n'a cette hypothèque que sur les biens disponibles. *Mol. sur l'art.* 95 *de l'anc. coutume de Paris.*

ARTICLE IV.

Quand finit l'exécution testamentaire.

Les coutumes ont restreint l'exécution testamentaire au temps d'un an, afin que les héritiers ne soient pas trop longtemps privés de la jouissance des biens de la succession, sur le prétexte que le testament ne seroit pas encore exécuté.

Quoique les coutumes disent *l'an du décès*, cependant il ne court que du jour que l'exécuteur a été ou a pu se mettre en possession des biens de la succession; si on lui a fait des contestations, et que le testament ait été contesté, l'an ne court que du jour que les contestations ont été terminées. C'est la doctrine de Dumoulin, art. 95, nº 16. *Nota,* dit-il, *annum hic utilem à tempore testamenti aperti, et cessantis impedimenti;* et Lemaître rapporte un arrêt qui a jugé que l'année de l'exécution ne devoit courir que du jour de l'arrêt qui a mis fin à des contestations sur un testament.

Mais lorsque l'exécuteur a été saisi des biens de la succession, ou a pu l'être, l'an court; et après l'an révolu, l'exécuteur ne peut plus demeurer en possession, quoique le testament n'ait été, ou n'ait pu encore être exécuté.

C'est pourquoi, quand il y auroit des legs dont la condition ne dût exister qu'après l'année, l'acquittement de ces legs, lorsque la condition viendroit à exister, ne concerneroit plus l'exécuteur, dont la charge finit après l'année révolue, et le légataire ne pourroit s'adresser qu'à l'héritier.

Encore moins l'exécuteur pourroit-il prétendre de de-

meurer, après l'année, en possession des biens de la succession, jusqu'à l'existence de la condition.

Néanmoins, si les héritiers n'étoient pas solvables, et que, les biens de la succession ne consistant qu'en mobilier, il y eût risque qu'ils ne les dissipassent, l'exécuteur seroit en droit d'exiger caution des héritiers pour sûreté des legs dont la condition est pendante : c'est ce que décide Dumoulin, art. 95, nos 7 et 8, à l'occasion d'un legs d'une somme de 200 écus qu'un prêtre avoit léguée à sa bâtarde lorsqu'elle seroit nubile.

L'exécution testamentaire peut aussi finir, avant l'an révolu, par la mort de l'exécuteur testamentaire; car cette charge est personnelle, et ne passe point aux héritiers de l'exécuteur, qui succèdent seulement à l'obligation de rendre compte de ce que le défunt a géré.

Si néanmoins le testateur avoit considéré, dans le choix de son exécuteur, plutôt une certaine qualité que la personne, comme s'il avoit nommé pour exécuteur le procureur du roi, le doyen des avocats, en ce cas l'exécution testamentaire ne finiroit pas par la mort, parce que l'exécution en ce cas n'étoit pas confiée à la personne qui est morte, mais à sa qualité de procureur du roi, ou de doyen des avocats, qui ne meurt point, et passe après lui à un autre.

SECTION II.

De l'effet des legs.

§. I. De quand les legs ont-ils effet?

Il est de la nature des testamens qu'ils n'aient aucun effet, et n'attribuent aucun droit aux légataires, tant que le testateur vit. Le testateur, tant qu'il vit, est maître de son testament; et en conséquence, il a été jugé qu'il s'en pouvoit faire rendre la minute par le notaire. (*Voyez Soefve*, II, 144.)

Mais dès l'instant de la mort du testateur, les legs qui y sont contenus ont effet, et font acquérir un droit aux légataires, à moins qu'ils ne soient suspendus par une condition, auquel cas ils n'ont leur effet que du jour de l'existence de la condition.

Si le testateur y a seulement apposé un terme d'un temps certain et déterminé, ce terme n'a d'autre effet que de retarder l'exigibilité du legs jusqu'à l'expiration du terme; mais

il n'empêche pas que le droit qui résulte du legs ne soit ouvert et acquis au légataire du jour de la mort du testateur, même avant l'échéance du terme : c'est ce que décident les lois, *si post diem legata sint relicta, simili modo atque in puris dies cedit.* L. 5, §. 1, ff. *qu. dies leg. ced. Dies legati statim cedit, sed ante diem peti non potest.* L. 21, ff. *h. tit.*

Cette décision a lieu lorsque le temps apposé au legs est un temps certain et déterminé, comme lorsque le testateur a légué ainsi : Je charge mon héritier de donner à un tel la somme de tant, six mois après mon décès. Il en est autrement lorsque le temps apposé au legs est un temps incertain, car il équipolle à une condition, et rend le legs conditionnel. *D. L.* 21, *dies incertus pro conditione est.* Par exemple, si le testateur avoit légué une certaine somme à un jeune homme, lors de sa majorité, le legs seroit conditionnel, n'auroit aucun effet, et ne donneroit aucun droit au légataire avant sa majorité; parce que ce légataire pouvant mourir avant que d'être majeur, le temps de sa majorité est un temps incertain.

Quoique le temps apposé au legs doive certainement arriver, s'il est incertain quand il arrivera, et s'il arrivera du vivant du légataire, il passe pour un temps incertain, et rend le legs conditionnel. Par exemple, si on a légué à Pierre la somme de tant, le jour que mourra Paul, c'est un legs conditionnel qui ne peut avoir aucun effet avant la mort de Paul; car quoiqu'il soit certain que le jour de la mort de Paul viendra, il est incertain quand ce jour viendra, et s'il viendra du vivant du légataire.

Observez qu'on doit faire une grande attention si le temps incertain est apposé à la disposition même, comme dans les exemples ci-dessus rapportés, auquel cas il rend le legs conditionnel; mais il en est autrement si le temps n'est apposé que pour l'exécution du legs; par exemple, si le testateur a dit : Je lègue une telle somme à Pierre, qui lui sera payée le jour qu'il sera majeur, ou qui lui sera payée le jour que Paul mourra, le legs est pur et simple, et le droit en est acquis au légataire du jour de la mort du testateur; car ces termes, *le jour qu'il sera majeur, le jour que Paul mourra*, ne se réfèrent pas à ceux-ci : Je lègue une telle somme, mais seulement à ceux-ci, qui lui sera payée; ils ne concernent pas par conséquent la disposition même, mais seulement l'exécution et le paiement qui s'en doit faire, et par conséquent

ils ne peuvent rendre conditionnelle la disposition; si donc le légataire meurt auparavant, il ne laissera pas de transmettre à ses héritiers le droit qui résulte du legs qui lui a été acquis dès le jour du décès du testateur.

§. II. Quels droits résultent du legs.

Lorsque le legs est d'un corps certain de la succession, dont le testateur étoit propriétaire lors de sa mort, et que le legs est pur et simple, la propriété de la chose léguée est censée passer de plein droit, et sans aucun fait ni tradition, de la personne du testateur en celle du légataire; c'est une des manières d'acquérir du droit civil que nous avons adoptée dans notre droit.

De là il suit, 1° que l'héritier ne peut aliéner la chose léguée; 2° que si l'héritage légué étoit chargé de quelques droits de servitude envers l'héritage voisin, appartenant à l'héritier, ou que celui de l'héritier en fût chargé envers l'héritage légué, il ne se fait aucune confusion de ces droits de servitude, l'héritage légué étant censé n'avoir jamais appartenu à l'héritier.

Que si le legs est conditionnel, l'héritier, jusqu'à l'existence de la condition, est propriétaire de la chose léguée; c'est pourquoi il peut l'aliéner, et il se fait confusion des droits de servitude que l'héritage légué avoit sur le sien, ou le sien sur l'héritage légué.

Mais lorsque la condition vient à exister, la propriété de la chose léguée passe de plein droit, sans aucun fait ni tradition, en la personne du légataire.

Cela a lieu quand l'héritier, avant l'échéance de la condition, auroit aliéné à un tiers la chose léguée; car, n'ayant de cette chose qu'une propriété, qui devoit se résoudre et passer en la personne du légataire par l'existence de la condition, il n'a pu la transférer à celui à qui il a aliéné la chose, que telle qu'il l'avoit, *cùm nemo plus juris ad alium transferre possit quàm ipse haberet.*

Il doit rétablir les droits de servitude que l'héritage légué avoit sur le sien, et qui se sont éteints par la confusion, pendant qu'il a été propriétaire de l'héritage légué; *et vice versâ*, si l'héritage légué étoit chargé de quelques droits de servitude envers celui de l'héritier, le légataire les doit rétablir; car le

légataire doit avoir l'héritage *eodem jure* que l'avoit le testateur lors de sa mort.

La propriété de la chose léguée passe à la vérité au légataire, sans aucun fait ni tradition, du jour de la mort du testateur, lorsque le legs est pur et simple; ou du jour de l'existence de la condition, lorsqu'il est conditionnel; mais il n'en acquiert la possession que du jour de la tradition et délivrance qui lui en est faite; jusqu'à cette tradition l'héritier est le juste possesseur des choses léguées, comme de toutes les autres choses de la succession, et le légataire est obligé de lui en demander la délivrance, et il ne peut de lui-même s'en mettre en possession; s'il le faisoit, ce seroit une voie de fait pour raison de laquelle l'héritier pourroit se pourvoir contre lui.

Cette décision a lieu, quand même le testateur auroit ordonné par son testament que les légataires seroient saisis de plein droit des choses qu'il leur lègue, et qu'ils pourroient s'en mettre d'eux-mêmes en possession; car le testateur ne peut pas, par sa volonté, tansférer aux légataires la possession des choses que la loi transfère à son héritier, et il ne peut pas non plus permettre une voie de fait, en permettant aux légataires de se mettre, de leur autorité privée, en possession des choses dont l'héritier est saisi; c'est le cas de la maxime, *nemo potest cavere ne leges in suo testamento locum habeant*, et de celle-ci, *non est privatis concedendum quod publicè per magistratûs auctoritatem fieri debet.*

Le légataire ne peut pas même valablement obtenir du juge la délivrance des choses qui lui sont léguées, que sur une demande donnée contre l'héritier à qui il doit demander cette délivrance; c'est pourquoi, par arrêt du 16 mars 1677, rapporté au sixième volume du Journal des audiences, un légataire universel, qui avoit obtenu du juge qui avoit mis les scellés sur les effets de la succession, la délivrance de ces effets sans appeler l'héritier, a été condamné envers cet héritier aux intérêts des sommes d'argent dont la délivrance lui avoit été faite, du jour de la demande que l'héritier avoit donnée contre lui pour le rapport de ces deniers, jusqu'au jour de l'arrêt qui avoit déclaré le legs valable, et en avoit saisi le légataire; la cour jugeant, par cet arrêt, que ce légataire avoit injustement possédé jusqu'à ce temps les effets de la succession.

Que si la chose léguée se trouvoit, au jour de l'échéance du legs, être par-devers le légataire à qui le défunt l'auroit prêtée ou déposée, ou qui la tiendroit à quelque autre titre que ce fût, en ce cas le légataire peut la retenir; ce seroit un circuit inutile qu'il la rendît à l'héritier, pour que l'héritier la lui délivrât.

Lorsque la chose léguée n'est pas un corps certain, mais une quantité, comme une somme d'argent; ou une chose indéterminée, comme un cheval, il est évident qu'en ce cas le légataire ne peut devenir propriétaire que par la délivrance que lui fait l'héritier.

Il en est de même lorsque le legs est d'un corps certain, mais qui n'appartenoit pas au défunt, et que l'héritier a été obligé de racheter de celui à qui il appartenoit, pour le délivrer au légataire.

Soit que le legs soit d'un corps certain, soit de quelque autre chose, ou que ce soit un fait qui en fasse l'objet, les héritiers du testateur, ou les autres personnes qu'il en a grevées, contractent par l'acceptation qu'ils font de la succession, ou de ce qui leur a été laissé par le testateur, sans qu'il intervienne aucune convention entre eux et les légataires, l'obligation envers les légataires de donner ou de faire ce qui en fait l'objet; c'est pourquoi l'acceptation de la succession est mise au rang des quasi-contrats, suivant que nous l'avons vu en notre traité des obligations.

L'acceptation de la succession ayant un effet rétroactif au temps de la mort du testateur, et l'héritier étant censé, dès l'instant de cette mort, saisi des biens de la succession, l'obligation qu'il a contractée de la prestation des legs, qui est une suite de l'acceptation, a pareillement le même effet rétroactif au temps de la mort du testateur; l'héritier est censé dès cet instant avoir été obligé à la prestation des legs, n'ayant pu être saisi des biens de la succession qu'à cette charge.

De cette obligation naît le droit qu'ont les légataires, quel que soit l'objet du legs, de demander aux héritiers, ou autres personnes grevées du legs, la prestation du legs; et comme l'obligation est censée contractée du jour du décès du testateur, par les héritiers qui en sont grevés, le droit est aussi acquis de ce jour aux légataires, lorsque le legs est pur et simple.

Que s'il est conditionnel, le droit n'est acquis que du jour

de l'existence de la condition; car les conditions apposées aux dernières volontés n'ont pas d'effet rétroactif.

C'est encore un effet des legs, que la loi accorde aux légataires une hypothèque tacite sur les biens que les héritiers, ou autres qui en sont grevés, recueillent de la succession du testateur qui les en a grevés.

SECTION III.

Des actions qu'ont les légataires pour la prestation des legs.

Les légataires peuvent avoir trois actions, l'action personnelle *ex testamento*, l'action de revendication de la chose léguée, et l'action hypothécaire.

ARTICLE PREMIER.

De l'action personnelle *ex testamento*.

L'action personnelle *ex testamento*, est celle qui naît de l'obligation que les héritiers, ou autres personnes grevées de la prestation du legs, contractent envers les légataires.

§. I. Contre qui se donne cette action.

Lorsqu'il y a un exécuteur testamentaire, c'est contre lui que les légataires ont coutume de donner leur action en délivrance de leur legs; car, quoique ce soit l'héritier qui a été grevé du legs par le testateur qui en soit proprement le vrai débiteur, on peut dire que l'exécuteur testamentaire l'est aussi; en acceptant l'exécution, et se mettant en possession des biens de la succession, il accède à l'obligation des héritiers, et s'oblige tacitement envers les légataires à payer, à la décharge des héritiers, les legs jusqu'à concurrence des biens dont il est saisi.

Lorsqu'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires, l'action peut se donner contre l'un d'eux.

La demande donnée par les légataires contre l'exécuteur testamentaire, doit être, par cet exécuteur, dénoncée aux héritiers qui sont tenus des legs; car ces héritiers sont les principales parties qui ont intérêt à discuter si le legs est dû ou non; c'est pourquoi l'exécuteur doit avoir les délais nécessaires pour les mettre en cause.

L'héritier mis en cause consent ou conteste la demande du

légataire; et si elle est trouvée juste, le juge saisit le légataire de son legs; condamne l'exécuteur à lui en faire délivrance, et déclare le jugement commun avec l'héritier.

Quoiqu'il y ait un exécuteur testamentaire, et que ce soit ordinairement contre lui que les légataires donnent leur demande; néanmoins, si un légataire l'avoit donnée contre l'héritier, je ne pense pas qu'elle fût mal donnée, puisqu'il est le vrai débiteur des legs; mais l'héritier devroit avoir délai pour mettre en cause l'exécuteur, pour qu'il eût à en faire la délivrance à sa décharge, attendu qu'il est saisi des biens.

Lorsqu'il n'y a point d'exécuteur testamentaire, il est évident qu'en ce cas la demande ne peut être donnée que contre les héritiers, ou autres personnes qui ont été grevées, soit expressément, soit tacitement; elle peut aussi se donner contre les héritiers de ces personnes, et contre leurs ayant-cause, c'est-à-dire, ceux qui leur succèdent dans la charge de la prestation du legs.

§. II. Quels héritiers et quelles autres personnes sont tenus des legs, et pour quelle part chacun est-il tenu?

Lorsque le testateur a grevé quelqu'un nommément de la prestation de quelque legs, il est évident qu'il n'y a que celui qu'il en a grevé qui en soit tenu, et que l'action *ex testamento* ne peut être donnée que contre lui.

S'il a grevé nommément plusieurs, chacun de ceux qu'il a grevés n'est pas tenu du legs solidairement, à moins que le testateur ne l'ait expressément ordonné; il n'en est tenu que *in virilem*, c'est-à-dire, pour sa part personnelle et numérale : *putà* s'il a grevé deux personnes, chacune sera tenue du legs pour moitié; s'il en a grevé trois, chacune sera tenue pour son tiers, etc.

Cette décision a lieu, quand même l'un de ceux qui ont été ainsi nommément grevés du legs, succéderoient à une plus grande portion dans les biens du testateur que l'autre; car ceux qui sont grevés nommément sont tenus des legs *in virilem*, et non *pro portionibus hæreditariis.*

Par exemple, si le testateur a laissé pour héritiers plusieurs frères qui succèdent seuls à ses biens féodaux, et plusieurs sœurs qui succèdent à ses autres biens concurremment avec ses frères, et qu'il ait chargé nommément un de ses frères et une de ses sœurs, d'un legs de mille écus qu'il a légué à un

tiers, ils seront tenus de ce legs chacun pour une portion égale, c'est-à-dire, chacun pour moitié, quoique le frère soit héritier d'une plus grande portion des biens du testateur que la sœur.

Je pense néanmoins que cette décision doit souffrir exception à l'égard des legs d'un corps certain, auquel ceux qui sont nommément grevés du legs ont seuls succédé inégalement; car, en ce cas, je pense qu'ils en doivent être tenus *non in virilem*, mais pour la part à laquelle chacun d'eux a succédé à l'héritage légué; par exemple, si un testateur a chargé nommément son frère et sa sœur consanguins, du legs d'une métairie, acquêt dont ils étoient seuls héritiers, et qui étoit composée de terres féodales, auxquelles le frère succédoit seul, à l'exclusion de sa sœur, chacun sera tenu de ce legs pour la part qui lui appartient en l'héritage légué, et par conséquent le frère, qui y a une plus grande part, en sera tenu pour une plus grande part que sa sœur; car on ne doit pas présumer que la volonté du testateur ait été que la sœur achetât du frère ce qu'il avoit de plus qu'elle dans l'héritage légué, pour contribuer pour moitié au legs.

Lorsque le testateur a légué, sans exprimer quelles personnes il chargeoit de la prestation du legs, il faut distinguer entre les legs de corps certains de sa succession, et les autres legs.

Les legs qui ne sont pas de quelques corps certains de la succession, tels que sont les legs d'une certaine somme d'argent, d'une pension viagère, d'une chose indéterminée, ceux qui ont pour objet un fait, etc., sont des charges de tous les biens disponibles de la succession, et par conséquent tous les héritiers et successeurs universels en sont tenus chacun pour la part en laquelle ils succèdent.

C'est une question controversée, si l'héritier aux propres doit contribuer avec l'héritier aux meubles et acquêts aux legs, par proportion à la valeur du total des propres auxquels il succède, ou seulement par proportion à la portion disponible de ces propres, c'est-à-dire dans nos coutumes, *au prorata* seulement du quint des propres. Il y en a qui pensent qu'il doit contribuer à proportion de tous les biens auxquels il succède, la coutume ne lui donnant d'autre droit que de retenir la légitime des quatre quints qu'elle lui réserve, en abandonnant le surplus; tant qu'il ne l'abandonne pas, il n'a point de légitime; d'où ils concluent que tous les biens aux-

quels il succède sont sujets à la contribution. J'inclinerois pour le sentiment contraire; nos coutumes, en décidant que le testateur peut léguer jusqu'à la concurrence des meubles, acquêts et quint des propres, décident qu'il n'y a que ces biens qui soient disponibles, que le surplus ne l'est pas; d'où il suit que ces legs ne sont une charge que de ces biens, et non des autres; or chacun ne doit contribuer à une charge de certains biens, qu'à proportion de la part qu'il a dans les biens qui y sont sujets, l'héritier aux propres n'ayant de part dans les biens disponibles qui sont sujets à la charge des legs, que dans le quint des propres, les quatre autres quints n'étant point biens disponibles, ni par conséquent sujets à cette charge; il ne doit contribuer qu'à proportion du quint.

A l'égard des legs d'un corps certain, ce sont ceux qui succèdent au corps certain qui a été légué, qui en sont seuls tenus, et chacun en est tenu pour la part pour laquelle il y succède.

Lorsque le legs est d'un corps certain qui appartient à l'un des héritiers, l'héritier à qui la chose léguée appartient est tenu pour le total envers le légataire; mais je pense qu'il peut demander à ses cohéritiers qui succèdent avec lui à une même espèce de biens, qu'ils le récompensent chacun pour leur part, surtout dans les coutumes qui ne veulent pas qu'un héritier soit avantagé l'un plus que l'autre. Il en est autrement de ceux qui succèdent à une autre espèce de biens; par exemple, si quelqu'un a légué un corps certain qui appartient à l'un de ses héritiers aux meubles et acquêts, cet héritier peut bien demander récompense à ses cohéritiers qui succèdent avec lui aux meubles et acquêts, mais il ne pourra rien demander aux héritiers aux propres; car ils ne sont pas proprement ses cohéritiers.

Lorsque le legs est d'un corps certain qui appartient à un étranger, et que le testateur savoit appartenir à cet étranger, tous les héritiers et successeurs universels du testateur sont tenus de ce legs, chacun pour les mêmes portions pour lesquelles ils seroient tenus du legs d'une somme d'argent; car ce legs consiste dans la prestation de l'argent que vaut cet héritage.

Il y a plus de difficulté dans le cas auquel le testateur auroit cru que la chose léguée lui appartenoit, et que le legs ne laisseroit pas de valoir à cause de la qualité de la personne du légataire; car on peut dire qu'en ce cas le testateur n'a eu

d'intention de grever de ce legs que ceux qui sont les héritiers à l'espèce de biens dont il croyoit que la chose léguée faisoit partie, et non pas ses héritiers à d'autres espèces de biens.

§. III. Si, lorsque l'héritier ou autre qui a été grevé nommément de la prestation de quelque legs, ne recueille pas la succession, ou ce qui lui a été laissé, celui qui le recueille à sa place est tenu de ces legs.

Par l'ancien droit romain, lorsqu'un héritier avoit été grevé nommément de quelque legs, et qu'il ne recueilloit pas la succession, celui qui la recueilloit à sa place n'étoit point tenu de ces legs; cet héritier en ayant été nommément chargé, cette charge paroissoit ne devoir pas pouvoir s'étendre à d'autres personnes.

Ce ne fut que par la constitution de Sévère, que la jurisprudence s'établit que le substitué de cette personne en devoit être tenu, le testateur étant présumé l'avoir substitué aux mêmes charges sous lesquelles il avoit institué son premier héritier; car pourquoi auroit-il plus épargné et moins grevé le substitué que l'institué, qui doit être présumé avoir été plus cher au testateur que le substitué, puisque le testateur l'a préféré au substitué?

Depuis la constitution de Sévère, on a décidé pareillement que les cohéritiers auxquels accroissoit la part de l'héritier grevé nommément de quelque legs, succédoient aussi à cette charge.

Notre droit françois a suivi cette jurisprudence; il est vrai que dans nos coutumes nous n'avons point d'héritiers institués; mais, à l'exemple de ce qui est décidé par le droit romain à l'égard des héritiers institués, nommément grevés de legs, on observe dans nos coutumes que, lorsque le légataire universel, lequel est en quelque façon *loco hæredis*, a été nommément grevé de legs particuliers, et qu'il ne recueille pas son legs universel, soit par le prédécès, soit par la répudiation qu'il en fait, le substitué de ce légataire universel, ou son colégataire qui le recueille à sa place, est tenu des legs et fidéicommis dont il avoit été nommément grevé.

A l'égard des successions *ab-intestat*, la loi 1, §. 9, ff. *de leg.* 3° semble décider que les parens du degré suivant ne sont pas tenus des legs dont avoit été chargé celui du degré précédent, à la place et par le défaut ou répudiation duquel ils recueillent la succession.

Mais, sans entrer dans les discussion de quelques interprètes modernes sur le texte de cette loi, il faut dire que, dans notre jurisprudence françoise, les parens du degré suivant, qui recueillent la succession à la place de celui du degré précédent, doivent être tenus des legs dont il avoit été nommément chargé. Car, la présomption est que le testateur a voulu que ces legs fussent dus par quelque personne que ce fût qui recueilleroit sa succession, et qu'il n'a pas voulu épargner et grever moins des parens plus éloignés qui lui étoient moins chers, que ses plus proches qu'il a nommément grevés. C'est l'avis de Ricard.

A l'égard des légataires particuliers, si un légataire, qui avoit été lui-même nommément chargé de legs ou fidéicommis envers d'autres, ne recueille pas, soit par son prédécès, soit autrement, le legs qui lui a été fait, l'héritier qui en profite, et par-devers qui la chose léguée demeure, est tenu des charges dont ce légataire avoit été nommément chargé.

Que si ce légataire avoit des colégataires, les lois romaines distinguoient *inter conjunctos re et verbis, et conjunctos re tantùm ; inter conjunctos re et verbis pars deficientis accrescebat cum onere; inter conjunctos re tantùm, eo deficiente qui nominatìm gravatus erat, alter totum retinebat sine onere.* Cette distinction est fondée sur des subtilités que notre droit n'a pas admises, et on doit décider indistinctement que le colégataire, qui recueille le legs entier, doit être tenu des charges dont avoit été nommément chargé le colégataire, dont la part lui accroît. C'est l'avis de Ricard.

Le droit romain faisoit une autre distinction que nous ne suivons pas; on distinguoit le cas auquel celui qui avoit été nommément grevé avoit été utilement institué héritier, ou fait légataire, et par son prédécès, ou sa répudiation, n'auroit pas recueilli la succession ou le legs; et le cas auquel celui qui avoit été nommément grevé auroit été dès le commencement inutilement institué héritier, ou fait légataire : au premier cas, celui qui succédoit à sa place, ou par-devers qui la chose léguée demeuroit, succédoit aux charges; mais, dans le dernier cas, il n'en étoit pas tenu; car la disposition ayant été dès le commencement inutile, tout ce qui en faisoit partie, et par conséquent les charges sous lesquelles elle avoit été faite, paroissoient ne pouvoir pas subsister.

Dans notre droit françois, on ne fait point cette distinction, et il faut tenir indistinctement que, quiconque recueille les

biens, ou une partie des biens, ou quelque chose particulière, à la place d'un autre, est tenu des charges qui avoient été imposées à celui à la place de qui il succède; soit que la disposition faite au profit de celui à la place de qui il succède, eût été d'abord non valable, soit qu'elle ne fût devenue caduque que par la suite.

§. IV. Quelle délivrance doit être faite au légataire.

La délivrance que doit faire au légataire d'un corps certain l'héritier, ou autre successeur, qui est chargé de la prestation de ce legs, est une tradition de la chose léguée, qui en procure au légataire la libre possession et jouissance. *Debet legatarius in vacuam possessionem induci.*

De là il suit que, si la chose léguée se trouve être engagée, non-seulement pour une dette de la succession, mais pour la dette d'un tiers, l'héritier est obligé de la dégager pour la délivrer au légataire. L. 57, ff. *de leg.* 1°. L. 6, *Cod. de fideicomm.* Car elle ne peut pas lui être délivrée sans cela.

L'héritier n'est néanmoins tenu à dégager la chose léguée, qui est obligée pour la dette d'un tiers, que dans le cas auquel le testateur savoit qu'elle étoit engagée; il n'y est pas ordinairement tenu lorsque le testateur l'ignoroit, à moins qu'il n'y eût des circonstances qui persuadassent que le testateur y auroit obligé son héritier, quand même il l'auroit su. *D. L.*

Que si c'est à une dette de la succession pour laquelle la chose léguée est engagée, il n'y a aucun doute que l'héritier doit indistinctement l'acquitter, puisqu'il est tenu des dettes de la succession.

Suivant le même principe, que le légataire *debet induci in vacuam possessionem rei legatæ,* les lois romaines décident que, lorsque la chose léguée se trouve grevée d'usufruit envers un tiers, le légataire peut demander que l'héritier qui est tenu de la prestation du legs rachète cet usufruit, l. 66, §. 6, ff. *de leg.* 2°, parce qu'autrement la chose ne peut être délivrée au légataire; *non potest legatarius in vacuam rei possessionem induci.*

Parmi nous, qui ne sommes point astreints à suivre en tout les décisions du droit romain, j'inclinerois assez à penser que régulièrement l'héritier ne seroit point obligé à racheter l'usufruit; il est vrai que la chose ne peut être délivrée au légataire tant que l'usufruit subsistera; mais comme cet usufruit doit finir

un jour, on doit présumer que l'intention du testateur a été que la chose léguée seroit délivrée au légataire lorsqu'elle pourroit l'être, c'est-à-dire lorsque l'usufruit seroit fini, plutôt qu'on ne doit croire que le testateur a voulu charger son héritier du rachat de cet usufruit, qui, quoique possible en soi, souvent ne seroit pas au pouvoir de l'héritier, l'usufruitier ne voulant pas toujours consentir à ce rachat; et c'est un principe tiré du droit romain même, que *nemo facilè præsumitur hæredem suum redemptione onerare velle*. L'héritier est bien obligé de dégager la chose léguée, lorsque le testateur a su que la chose étoit engagée, parce que le testateur a certainement voulu que la chose fût délivrée au légataire, et qu'elle ne peut jamais l'être, si elle n'est dégagée; mais comme l'usufruit est de nature à s'éteindre, la chose léguée pouvant être délivrée lorsqu'il sera fini, on ne peut pas de même assurer que le testateur a voulu que son héritier rachetât l'usufruit, parce qu'il a pu vouloir seulement que la chose fût délivrée au légataire lorsque l'usufruit seroit fini.

Si c'étoit l'héritier qui se trouvât avoir lui-même un droit d'usufruit dans la chose léguée, il y auroit en ce cas moins de difficulté à suivre la décision des lois romaines, l. 25, l. 76, §. 2, ff. *de leg.* 2°, qui veulent que l'héritier délivre incontinent la chose léguée, sans aucune rétention du droit d'usufruit qu'il y a; car, en ce cas, la délivrance est au pouvoir de l'héritier, et on ne le charge d'aucun rachat.

Il n'en est pas de même des autres servitudes dont l'héritage légué se trouveroit chargé; l'héritier n'est point obligé de les racheter, et il n'est obligé à délivrer l'héritage légué que tel qu'il est, et avec la charge de ces servitudes, soit qu'elles appartiennent à des tiers, soit qu'elles appartiennent à lui-même; car ces droits de servitudes n'empêchent pas que le légataire ne soit véritablement introduit *in vacuam rei possessionem*. L. 66, §. 6, l. 76, §. 2, ff. *de leg.* 2°.

Lorsqu'un héritage a été légué à l'église (ce qui ne se peut plus depuis l'édit de 1749), les héritiers du testateur sont obligés d'acquitter le droit d'amortissement dû au roi, et le droit d'indemnité dû au seigneur, pour mettre l'église en état de posséder cet héritage; c'est une conséquence du même principe, que l'héritier doit introduire le légataire *in vacuam rei possessionem*.

Dans les donations entre-vifs, le donateur n'est pas obligé

d'acquitter ces droits, si l'acte ne le porte; car ces actes étant de droit étroit, l'obligation d'acquitter ces droits ne peut s'y suppléer; le donataire doit s'imputer de n'avoir pas fait expliquer le donateur.

A l'égard des profits de rachat et autres semblables, et du droit d'insinuation et de centième denier dû pour raison du legs, soit que le legs soit fait à des particuliers, soit qu'il soit fait à l'église, les héritiers chargés de la prestation du legs n'en sont point tenus; c'est au légataire à les acquitter, ces droits étant des charges du fonds.

L'héritier n'est pas tenu non plus d'acquitter le droit de franc-fief, à la décharge d'un légataire roturier à qui le testateur a légué un fief.

L'héritier grevé du legs d'un corps certain remplit son obligation en introduisant le légataire *in vacuam rei possessionem;* il n'est point au surplus obligé de le défendre des évictions qui pourroient survenir, l. 77, §. 8, ff. *de leg.* 2° *et passìm*, à moins qu'il ne parût que telle eût été la volonté du testateur.

Lorsque le legs est d'un corps indéterminé, ou d'une quantité, l'obligation de l'héritier chargé de la prestation du legs ne se borne pas à introduire le légataire en possession de la chose qu'il lui délivre, il doit lui en transférer une propriété irrévocable, et par conséquent il est tenu de la lui garantir, et de la défendre des évictions.

§. V. En quel état la chose léguée doit-elle être délivrée?

La chose léguée, lorsque c'est un corps certain, doit être délivrée en l'état qu'elle se trouve lors de la délivrance.

Si elle est augmentée, le légataire profite de l'augmentation. Cela est indubitable à l'égard de l'augmentation naturelle. Par exemple, si l'héritage légué a été accru par alluvion, il n'y a pas de doute qu'il doit être délivré au légataire, tel qu'il est avec cet accroissement. L. 16, ff. *de leg.* 3°.

Il en est de même des augmentations qui sont provenues du fait du testateur depuis le testament; la chose léguée doit être délivrée avec ces augmentations, soit qu'elles soient unies à la chose léguée par une union réelle, tels que sont des bâtimens construits sur un héritage légué, l. 39, *de leg.* 2°; soit qu'elles y soient unies par une union de simple destination, tels que sont des morceaux de terre que le testateur a, depuis son tes-

tament, incorporés à la métairie qu'il a léguée. L. 24, §. 2. ff. *de leg.* 1o. L. 10, ff. *de leg.* 2o.

Vice versâ, lorsque la chose léguée se trouve diminuée, ou détériorée depuis le testament, la perte tombe sur le légataire, à qui il suffit de la délivrer en l'état qu'elle se trouve, soit que la diminution, ou détérioration, soit naturelle, soit qu'elle provienne du fait du testateur. L. 24, §. 3, ff. *de leg.* 1o.

Que si elle provenoit du fait, ou de la faute de l'héritier ou autre personne chargée de la prestation du legs, le légataire en devroit être indemnisé par cette personne. L. 24, §. 4, ff. *de leg.* 1o.

La personne grevée est tenue à cet égard de la faute ordinaire, *de levi culpâ*. L. 47, §. 5, ff. *de leg.* 1o. Que si la personne grevée étoit un légataire particulier, qui fût chargé de rendre à un autre incontinent ce qui lui auroit été laissé, sans en retirer aucun émolument, il ne seroit tenu que du dol et de la faute lourde, *de dolo et de latâ culpâ*. L. 108, §. 2, ff. *d. tit.*

L'héritier, ou autre personne grevée de la prestation du legs, est aussi tenu d'indemniser le légataire de la détérioration ou diminution de la chose léguée, lorsqu'elle est survenue depuis qu'il a été mis en demeure de la délivrer, l. 108, §. 11, ff. *de leg.* 1o; ce qui n'a pas lieu indistinctement, mais seulement dans le cas auquel le légataire n'auroit pas souffert cette perte, si la chose lui eût été délivrée lorsqu'il l'a demandée.

Lorsque la chose léguée est une chose indéterminée, ce que l'héritier délivre pour s'acquitter d'un tel legs doit être une chose qui soit en bon état lorsqu'il la délivre, qui soit, comme l'on dit, loyale et marchande.

Le legs d'une certaine somme d'argent, comme de 2000 francs, de 4000 francs, n'est susceptible d'aucune augmentation ni diminution, car une somme d'argent est quelque chose d'invariable.

Il en est de même du legs de tant d'écus, comme de dix écus, de cent écus; car, selon l'usage ordinaire de parler dans ces phrases, on entend par *écu* une somme de trois livres, qui est quelque chose d'invariable, et non pas la pièce de monnoie qui s'appelle aussi écu, et dont la valeur est sujette à variation.

Que si le testateur a légué tant de louis d'or, *putà* une bourse de cent louis d'or, en ce cas ce n'est pas une somme qui est léguée, mais un certain nombre de louis d'or, dont la

valeur peut augmenter ou diminuer; et comme, suivant nos principes, le légataire doit profiter de l'augmentation, ou souffrir de la diminution qui survient sur la chose léguée, si les louis sont augmentés ou diminués depuis le testament, le légataire profitera de l'augmentation, ou souffrira de la diminution, et l'héritier sera tenu de lui compter cent louis d'or, quel qu'en soit le prix, au temps du paiement qu'il en fera. Cela a été ainsi jugé par arrêt rapporté au 6e volume du Journal des audiences.

§. VI. Quand la chose léguée doit-elle être délivrée?

Lorsque le legs n'est suspendu par aucune condition, et qu'il ne contient aucun terme qui en diffère l'exécution, l'héritier qui a pris qualité, ou qui a dû la prendre, doit délivrer au légataire la chose léguée aussitôt qu'il la demande. L. 32, ff. *de leg.* 2º.

Cette règle ne s'observe pas tellement à la rigueur, que le juge ne puisse accorder un délai convenable à l'héritier qui est grevé de la prestation du legs, lorsque le legs est d'une somme d'argent, ou de quelque autre chose qui ne soit pas par-devers lui, pour qu'il puisse faire de l'argent, et se mettre en état d'acquitter le legs. L. 71, §. 2, ff. *d. tit.*

Lorsque le legs est d'un corps certain que l'héritier a par-devers lui, il ne peut ordinairement différer la délivrance; il peut néanmoins se rencontrer quelque juste cause de la différer. Les lois 67 et 69, §. 4, ff. *de leg.* 1º, en rapportent des exemples qui n'ont pas d'application parmi nous; on peut apporter pour exemple le cas auquel le testateur auroit légué à un tiers quelques meubles aratoires nécessaires à l'exploitation d'une métairie de la succession; on doit accorder à l'héritier qui ne peut s'en passer, un délai pour qu'il puisse se pourvoir d'autres à la place de ceux dont la délivrance lui est demandée.

Si l'héritier avoit fait quelques dépenses pour la conservation de la chose léguée, il ne seroit pas obligé à la délivrer, que le légataire ne le remboursât préalablement de ce qu'il a déboursé. L. 58, ff. *de leg.* 1º.

Lorsque le legs renferme quelque charge imposée au légataire, le légataire ne peut l'exiger qu'il ne soit prêt de satisfaire à la charge qui lui est imposée. L. 22, §. 1. ff. *de alim. leg.*

Lorsque le testament est olographe, la délivrance des legs

ne peut être demandée que le testament n'ait été reconnu par l'héritier, ou que, sur son refus de le reconnoître, la vérification n'en ait été faite; car il ne peut sans cela servir de fondement à la demande des légataires.

Mais, si c'est un testament reçu par personne publique, il fait foi et la provision lui est due, quand même il serait attaqué de faux. L. 9, *Cod. de leg.*

§. VII. Où la chose léguée doit-elle être délivrée?

Lorsque le testateur ne s'est point expliqué, par son testament, sur le lieu où se feroit la délivrance de la chose léguée; si c'est un corps certain, la délivrance s'en doit faire au lieu où se trouve la chose; le légataire l'y doit envoyer quérir à ses frais, à moins que ce ne fût par le dol de l'héritier qu'elle eût été transférée dans un lieu plus éloigné; auquel cas le légataire devroit être indemnisé de ce qu'il en coûteroit de plus pour la voiture. C'est la décision de la loi 47, §. 1, ff. *de leg.* 1o. *Si res alibi sit quàm ubi petitur, constat ibi esse præstandam ubi relicta est, nisi alibi testator voluit.... Sed si ab hærede translata dolo malo ejus, nisi ibi præstetur ubi petitur, hæres condemnandus est... Si sine dolo, ibi præstabitur quò transtulit.*

Que si le legs est d'une somme d'argent, ou de quelque chose indéterminée, le paiement doit s'en faire au lieu où la délivrance doit être demandée, *ubi petitur*, D. l. 47, §. 1, c'est-à-dire au lieu où la succession est ouverte.

§. VIII. Des accessoires de la chose léguée, des fruits et intérêts.

L'héritier doit délivrer avec la chose léguée celles qui en sont les accessoires nécessaires; par exemple, si on m'a légué l'usufruit d'un héritage auquel on ne puisse aborder que par un autre héritage de la succession, l'héritier doit délivrer, avec l'usufruit de cet héritage, un passage par l'héritage par lequel il faut passer pour y aborder. L. 2, §. 2, ff. *si ser. vind.*

Si on m'a légué une armoire, on me doit donner la clef; car c'est un accessoire nécessaire de l'armoire, et qui en fait partie. L. 52, §. *fin.* ff. *de leg.* 3o.

On ne doit comprendre parmi les accessoires d'une métairie, ou d'une maison léguée, que ce qui en fait partie, et non pas

les meubles et effets qui servent seulement à son exploitation, tels que les bestiaux, etc.

Mais les titres des héritages en sont un accessoire, et doivent être délivrés au légataire.

La loi 102, §. 3, ff. *de leg.* 3o, décide que le legs d'une milice, ou office, comprend aussi la somme nécessaire pour la réception, *onera et introitus militiæ ab hærede danda.* Je ne crois pas que parmi nous le legs d'un office comprenne les frais de la réception.

A l'égard des fruits des choses léguées, le légataire ne peut prétendre que ceux qui auroient été perçus depuis la demande en délivrance du legs; car, quoique le légataire soit fait propriétaire de la chose léguée dès l'instant de la mort du testateur, l'héritier qui ignore si le légataire acceptera le legs, est juste possesseur de la chose jusqu'au temps de cette demande, et a droit en cette qualité d'en percevoir les fruits.

Ne doit-il pas au moins faire raison de ceux qui étoient pendans lors de l'ouverture du legs? Ricard décide pour l'affirmative; parce que, dit-il, ces fruits faisoient partie de la chose léguée, *cùm fructus pendentes sint pars fundi*, et que l'héritage dépouillé de ces fruits devient par là déprécié par le fait de l'héritier qui les a perçus; or, dira-t-on, l'héritier est tenu envers le légataire de ce dont la chose léguée a été dépréciée par son fait. Nonobstant ces raisons, je pense que l'héritier n'en doit point faire raison au légataire. Il est vrai que ces fruits faisoient partie de l'héritage légué, mais ils n'en faisoient partie qu'*ad tempus*, jusqu'à ce qu'ils en fussent détachés. La réponse à l'autre objection, est que l'héritier est à la vérité tenu de ce que la chose léguée est dépréciée par son fait, mais c'est lorsque c'est sans droit qu'il l'a fait; mais lorsqu'il a usé de son droit, la maxime n'a pas d'application; c'est pourquoi, quoique l'héritage légué, sur lequel les fruits étoient pendans, soit moins précieux par la perception que l'héritier fait des fruits, l'héritier n'est pas tenu d'en faire raison au légataire, parce qu'ayant qualité pour les percevoir, il use de son droit en les percevant.

A l'égard des fruits perçus depuis la demande, ils appartiennent au légataire, en tenant compte à l'héritier des impenses par lui faites pour les faire venir; mais à l'égard de celles faites par le testateur, le légataire n'est tenu d'en faire aucune raison.

Lorsque le legs consiste dans quelque somme d'argent, les intérêts en sont dus au légataire du jour de sa demande, pourvu qu'il ne l'ait pas donnée avant que la somme fût exigible.

Quoique les fruits, ou les intérêts, n'aient pas été demandés par la demande de la chose, ou somme principale, ils ne laissent pas d'être dus du jour de cette demande, et non pas seulement du jour que le légataire y a depuis conclu; car ils sont dus par la demeure, et c'est du jour de la demande principale que l'héritier y a été constitué.

Lorsque le légataire s'est mis de son autorité privée, depuis le décès du testateur, en possession des héritages qui lui ont été légués, le refus qu'il fait à l'héritier de les restituer, et la contestation qu'il a avec cet héritier sur la validité du legs, n'équipollent pas à une demande en saisissement, et ne font pas gagner les fruits à ce légataire; c'est pourquoi, par arrêt du 16 mars 1717, déjà cité ci-dessus, le légataire qui s'étoit mis ainsi en possession fut condamné à rendre à l'héritier tous les fruits qu'il avoit perçus jusqu'au jour de l'arrêt qui déclara le legs valable et ordonna que les choses léguées lui resteroient.

Quoique les fruits et les intérêts ne soient régulièrement dus que du jour de la demande, néanmoins ils seront dus du jour du décès, si le testateur l'a ordonné; en ce cas, ce n'est pas *ex morâ*, mais comme étant *per se* compris dans la disposition, qu'ils sont dus.

Lorsque la chose léguée n'est ni une chose qui produise des fruits, ni une somme d'argent, il n'est dû *regulariter* ni fruits, ni intérêts *ex morâ*; si cependant le légataire a souffert, ou manqué de gagner par le retard, il peut prétendre des dommages et intérêts.

§. IX. En quel cas l'estimation de la chose léguée doit-elle être donnée au légataire à la place de la chose ?

Lorsque la chose léguée existe, et qu'elle est dans le commerce, et qu'il n'est pas au pouvoir de l'héritier de la délivrer au légataire, *putà* parce qu'elle appartient à un étranger qui ne veut pas la vendre, ou qui veut la vendre au-delà de son juste prix, l'héritier en ce cas est tenu de payer au légataire l'estimation de la chose léguée à la place de cette chose qu'il ne peut lui délivrer. L. 14, §. *fin.* ff. *de leg.* 3° *et passìm.*

Cette estimation est pareillement due au légataire à la place de la chose, lorsqu'elle a péri par le fait de l'héritier, ou par

sa faute, ou lorsque elle a péri depuis qu'il a été constitué en demeure de la délivrer, dans le cas auquel le légataire n'en auroit pas souffert la perte si elle lui eût été délivrée aussitôt qu'il l'a demandée. Hors ces cas, lorsque la chose léguée est périe, il n'est dû aucune estimation au légataire.

Ce qui a lieu, soit qu'elle appartînt au testateur, soit que ce fût la chose d'autrui; et en ce cas, l'héritier profite de l'extinction de la chose léguée, car il est déchargé de l'obligation de la racheter. L. 114, §. 19, ff. *de leg.* 1°.

Pareillement il n'est dû aucune estimation de la chose au légataire, lorsqu'elle a cessé d'être dans le commerce; comme si un terrain légué avoit été pris pour le grand chemin, ou pour faire une place de ville; car c'est la même chose qu'une chose n'existe pas, ou ne soit plus dans le commerce.

Si néanmoins l'héritier avoit reçu quelque indemnité pour cela, il en devroit faire raison au légataire, *Arg.* l. 78, §. 1, ff. *de leg.* 2°; car le légataire en étant devenu propriétaire, c'est à lui à qui en doit appartenir le prix, dont le remboursement a été ordonné.

Il n'est dû pareillement au légataire aucune estimation de la chose léguée, lorsqu'elle a été volée à l'héritier sans sa faute; car, ou on sait entre les mains de qui elle est, et le légataire peut en ce cas la revendiquer, ou on ne sait pas ce qu'elle est devenue, et en ce cas, c'est tout comme si elle n'existoit pas.

ARTICLE II.

Des autres actions des légataires.

§. I. De l'action de revendication.

Lorsque le legs est d'un corps certain qui appartenoit au défunt, le légataire en étant fait le propriétaire par la loi civile, il suit de là qu'outre l'action personnelle *ex testamento*, qu'il a contre l'héritier, pour se le faire délivrer et en obtenir la possession, il a aussi l'action de revendication qui appartient à tout propriétaire, contre ceux qu'il trouve en possession d'une chose qui lui appartient.

Il faut observer que, selon notre droit françois, lorsque la chose léguée se trouve en la possession d'un tiers détenteur, le légataire, pour pouvoir la revendiquer contre ce tiers, doit préalablement se faire saisir de son legs par l'héritier, ou autre successeur grevé de la prestation du legs; c'est ce qui nous est

attesté par Automne sur le tit. 43, lib. 6. *Cod. comm. de leg.* et par Bacquet, *traité des droits de justice.*

§. II. De l'action hypothécaire.

Justinien a accordé par sa constitution une hypothèque aux légataires sur les biens du testateur, auxquels auroient succédé les héritiers grevés de la prestation des legs.

Quoique Automne dise que cette loi n'est pas suivie en France, néanmoins elle y est suivie, et tout ce en quoi notre droit françois diffère à cet égard du droit romain, c'est que, par notre droit françois, le légataire ne peut intenter les actions de revendication et hypothécaires, qu'il ne se soit fait saisir de son legs avec l'héritier.

Cette hypothèque a lieu quand même le testament n'auroit pas été reçu par un notaire, et seroit un simple testament olographe; car c'est la loi qui la donne. Cette hypothèque n'a lieu sur la part des biens du testateur auquel chaque héritier succède, que pour la part dont cet héritier est tenu du legs. La loi 1, *Cod. comm. de leg.*, qui établit cette hypothèque, le décide expressément; *in tantùm hypothecariâ unumquemque volumus conveniri, in quantùm personalis actio adversùs ipsum competit;* en cela, les legs diffèrent des dettes de la succession, et la raison de différence en est évidente. Le défunt qui a contracté les dettes, en ayant été débiteur pour le total, a hypothéqué tous et chacun ses biens au total desdites dettes; chaque portion de ses biens qui passe à chacun de ses héritiers se trouve donc hypothéquée au total desdites dettes; mais le défunt n'a jamais été le débiteur des legs qu'il a faits : l'obligation ne commence que dans les personnes de ses héritiers, elle a été divisée dès le commencement; le testateur a hypothéqué les biens qu'il laissoit à chacun d'eux, aux charges qu'il leur imposoit; mais comme il ne chargeoit chacun d'eux de la prestation des legs que pour la part qu'il lui laissoit dans ces biens, il n'a pas entendu hypothéquer cette part de ses biens qu'il leur laissoit qu'à la part des legs dont il les chargeoit. Notre sentiment, qui est fondé dans le texte même de la loi, est aussi celui de Ricard et des meilleurs auteurs. Bacquet et Renusson sont d'avis contraire; ils ne l'appuient d'aucune raison solide. Le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque sur lequel ils se fondent n'a aucune application; il est vrai que, lorsque des biens d'un débiteur du total de la dette ont

été une fois obligés au total de la dette, chaque partie desdits biens ne cesse pas d'être obligée au total de la dette par le partage qui s'en fait; mais dans notre espèce, la part à laquelle chacun des héritiers a succédé n'a jamais été hypothéquée au total du legs; elle ne l'a été qu'à la part dont cet héritier en a été chargé, et par conséquent elle n'est hypothéquée que pour cette part; de même que, lorsque deux personnes s'obligent sans solidité à une dette par un acte qui emporte hypothèque, les biens de chacun ne sont hypothéqués que pour la part pour laquelle chacun d'eux s'oblige.

L'hypothèque que la loi accorde aux légataires n'est que sur les biens du testateur, et non sur ceux des héritiers; le testateur ne peut pas hypothéquer les biens de ses héritiers, car on ne peut hypothéquer le bien d'autrui; les légataires ne peuvent donc acquérir d'hypothèque sur les biens des héritiers que par la sentence de saisissement de legs, ou par un acte par-devant notaire par lequel les héritiers se seroient obligés à la prestation du legs.

L'action hypothécaire, qui naît de l'hypothèque que la loi accorde sur les biens du défunt, peut s'intenter contre des tiers qui auroient acquis des héritiers des biens de la succession; mais le légataire, pour pouvoir l'intenter, doit au préalable se faire saisir de son legs avec les héritiers.

CHAPITRE VI.

De l'extinction des legs, et du droit d'accroissement.

L'EXTINCTION des legs est ou générale par la rupture et destruction du testament où ils sont renfermés, ou particulière à l'égard de quelque legs.

Elle arrive aussi, ou de la part du testateur, ou de la part du légataire, ou de la part de la chose léguée, ou par le défaut de la condition sous laquelle le legs a été fait.

SECTION PREMIÈRE.

De l'extinction générale des legs par la rupture ou destruction du testament dans lequel ils sont renfermés.

Par le droit romain, un testament pouvoit se rompre de deux manières : 1° par un testament postérieur; 2° par la sur-

venance de quelque enfant dans la famille du testateur, qui se trouvât n'être ni institué héritier, ni exhérédé. Cette rupture de testament, soit de l'une, soit de l'autre manière, entraînoit l'extinction des legs et fidéicommis, et généralement de tout ce qui y étoit contenu.

Ces deux espèces de rupture de testament n'ont pas lieu dans nos provinces coutumières.

Nos testamens ne contenant point d'institution d'héritier, et n'étant autre chose que ce qu'étoient par le droit romain les codicilles; de même que, par le droit romain, une personne pouvoit faire plusieurs codicilles en différens temps, qui étoient valables en ce qu'ils n'avoient rien de contraire; de même, par notre droit françois, un premier testament n'est point rompu par un testament postérieur, à moins que le testateur n'ait déclaré, par le testament postérieur, qu'il révoquoit les précédens; l'un et l'autre subsistent ensemble dans ce qu'ils n'ont rien de contraire: à l'égard des dispositions contenues dans le premier testament qui se trouveroient contraires à quelques-unes de celles qui se trouvent dans le second, elles sont censées révoquées par celles du second.

Pareillement, notre droit coutumier n'exigeant point, pour la validité des testamens, que les enfans du testateur soient institués héritiers, ou exhérédés, la naissance d'un enfant né depuis le testament, qui se trouve prétérit, ne rompt pas précisément par sa prétérition le testament de son père.

Néanmoins, si une personne faisoit son testament, ignorant la grossesse de sa femme, le posthume qui naîtroit pourroit faire déclarer nul le testament de son père, non précisément à cause de sa prétérition, qui n'est point un vice dans nos testamens, mais par une conjecture de la volonté du testateur: on présume qu'il n'a fait les legs contenus dans son testament que parce qu'il croyoit n'avoir point d'enfant, et qu'il ne les auroit pas faits s'il eût su qu'il lui en surviendroit. Cette présomption, fondée sur l'affection naturelle des parens pour leurs enfans, fait supposer dans le testateur une intention virtuelle de faire dépendre les legs qu'il a faits de la condition s'il mouroit sans enfans; c'est ce que décide la loi 36, §. 2, ff. *de test. milit.*, à l'égard d'un testament militaire, dans lequel il n'étoit pas nécessaire d'instituer ou exhéréder ses enfans.

La loi 33, §. 2, ff. *d. tit.* le décide, même dans le cas au-

quel l'enfant seroit survenu depuis le testament, du vivant du testateur.

Mais comme ce n'est pas la prétérition par elle-même, mais la conjecture de la volonté du testateur, qui fait en ce cas annuler le testament, il suit de là, 1° qu'on doit, en annulant le testament en ce cas, excepter et conserver certains legs modiques faits à des domestiques ou autres personnes à qui le testateur auroit vraisemblablement légué quand même il auroit prévu la naissance du posthume. Il suit de là, 2° que si le testateur a donné quelques marques que sa volonté étoit que son testament fût exécuté nonobstant la naissance de cet enfant, il doit l'être, sauf la légitime de cet enfant.

Cette volonté paroît, si, depuis la naissance de cet enfant, son testament lui a passé par les mains, s'il y a fait quelque apostille, quelque addition; car c'est une marque non équivoque qu'il a persévéré dans la même volonté, nonobstant la naissance de cet enfant.

Les manières dont les testamens, selon notre droit romain, étoient infirmés *per capitis diminutionem testatoris*, ou bien *non aditâ hæreditate*, ne peuvent être non plus en usage parmi nous; car nous n'avons point d'institution d'héritier, de l'effet de laquelle dépendent les autres dispositions du testament, et il n'y a point non plus d'autre changement d'état en la personne du testateur qui infirme son testament, que la mort civile, qui résulte d'une condamnation à peine capitale.

Si le condamné à peine capitale avoit depuis recouvré la vie civile par des lettres d'abolition, son testament vaudroit.

SECTION II.

De l'extinction des legs de la part du testateur.

Les legs et toutes les dispositions testamentaires s'éteignent de la part du testateur, lorsqu'il est condamné à une peine capitale, qui lui fait perdre la vie civile et emporte la confiscation de ses biens : c'est ce que nous avons vu en la section précédente.

Ils s'éteignent aussi de la part du testateur, par la révocation qu'il en fait.

Quoique le testateur ait de son vivant exécuté d'avance le legs qu'il avoit fait, en délivrant au légataire la chose léguée, le legs ne laisse pas d'être révocable par la pure volonté du testateur.

Mais il faut qu'il soit constant que le testateur, en délivrant au légataire la chose léguée, n'a entendu qu'exécuter d'avance le legs qu'il lui avoit fait, et non pas lui faire une donation entre-vifs de la chose qu'il lui avoit léguée.

La révocation est, ou générale, lorsque le testateur révoque le testament ou les legs et autres dispositions testamentaires qui y sont contenues; ou particulière, lorsque le testateur révoque un certain legs ou autre disposition particulière: cette révocation est expresse ou tacite.

La révocation générale ne s'étend pas au legs que le testateur auroit exécuté de son vivant; il faut, pour le révoquer, une révocation particulière et spéciale. *Arrêt de* 1675, *chez Soefv.* 11, 490.

Nous examinerons enfin si le testateur peut s'interdire le pouvoir de révoquer ses dispositions.

§. I. De la révocation expresse, et de ce qui est nécessaire pour qu'elle soit valable.

La révocation est expresse lorsque le testateur a déclaré expressément, par quelque acte que ce soit, pourvu qu'il soit par écrit, qu'il révoque son testament, ou qu'il révoque un tel legs ou une disposition particulière.

Par le droit romain, un testament ne pouvoit être révoqué que par un autre testament qui fût solennel; par notre droit françois, nos testamens n'étant autre chose que ce qu'étoient les codicilles d'un homme *intestat*, qui pouvoient se révoquer *nudâ voluntate*, nos testamens peuvent aussi se révoquer par la nue volonté du testateur, pourvu qu'elle soit constatée par un acte par écrit, sans qu'il soit nécessaire que l'acte qui contient la révocation soit revêtu des formes des testamens; c'est pourquoi, si un testateur déclare, par un acte devant notaire, qu'il révoque son testament ou une telle disposition de son testament, quoique l'acte qui contient cette révocation ne soit pas revêtu des formalités des testamens, la révocation ne laisse pas d'être valable. Il peut aussi faire cette révocation par un acte écrit, ou seulement signé de sa main.

De là il suit que, quoiqu'un second testament, qui contient une clause de révocation du premier, soit nul dans la forme, le premier ne laisse pas d'être révoqué par cette clause; car la révocation des testamens pouvant se faire *nudâ voluntate*, quoique le second testament, qui contient la clause de

révocation, ne soit pas revêtu des formalités nécessaires pour le rendre valable, il doit au moins être valable pour cette clause de révocation, qui n'est point assujettie à ces formalités.

Au reste, la révocation doit être par écrit; il seroit trop dangereux de faire dépendre les dernières volontés d'un testateur du témoignage de témoins qu'on pourroit suborner pour assurer qu'il les a révoquées; on n'admet pas même la preuve testimoniale qu'il y a eu un acte par écrit de révocation, lorsqu'il n'en paroît aucun. *Arrêt dans Soefv.* I, IV, 71. Mais la preuve du fait de suppression peut être admise; on peut même prendre pour cela la voie criminelle.

Pour que la révocation expresse d'un legs particulier soit valable, il faut que la personne que le testateur a déclaré qu'il privoit de ce legs, soit la même personne à qui il l'a laissé. *Legatum nulli alii adimi potest, quàm cui datum est.* L. 21, ff. *de adim. leg.* C'est pourquoi si le testateur, après avoir légué une certaine somme au fils de Pierre, s'exprimoit ainsi dans un acte postérieur : Je prive Pierre du legs que j'ai fait à son fils, le legs ne seroit point révoqué. *D. L.* 21.

Par la même raison, si le testateur, qui a légué à ma femme, déclare par la suite qu'il me prive de ce legs, le legs ne sera pas révoqué; mais cette disposition pourra s'entendre en ce sens, qu'il fait ce legs à la charge qu'il n'entrera pas dans la communauté de biens qui est entre ma femme et moi.

Il faut, pour que la révocation d'un legs soit valable, que la chose dont le testateur déclare qu'il prive le légataire, soit la même chose qu'il lui avoit léguée, ou qu'elle en fasse partie. C'est pourquoi, si celui qui m'a légué l'usufruit d'un tel héritage déclare, par un autre acte, qu'il révoque le droit de passage qu'il m'a légué par cet héritage, cette révocation sera de nul effet, parce que ce droit de passage est une chose différente, et qui ne fait point partie de ce qu'il m'a légué. L. 3, §. 6, ff. *de adim. leg.*

Que si celui qui m'a légué un héritage déclare qu'il révoque le legs qu'il m'a fait pour la propriété, ou bien qu'il le révoque pour l'usufruit, la révocation sera valable dans le premier cas, pour la nue propriété, et je n'en pourrai prétendre que l'usufruit; et dans le second cas, elle sera valable pour l'usufruit, et je ne pourrai prétendre que la propriété, en laissant l'usufruit à l'héritier. L. 2, *ppio. et* §. 1, ff. *d. tit.* Car ces choses font en quelque façon partie de ce qui m'a été

légué, le legs d'un héritage comprenant la propriété et l'usufruit. *Ususfructus pars fundi esse videtur.*

Si celui qui m'a légué soixante livres déclare qu'il révoque le legs de quatre-vingts livres qu'il m'a fait, la révocation est valable; car les soixante livres qu'il m'a léguées sont comprises dans la somme de quatre-vingts. L. 3, §. 5, ff. *d. tit.*

Si celui qui m'a légué indéterminément un volume de sa bibliothèque, déclare qu'il ne me lègue point son corps de droit, la révocation est valable, à l'effet que je ne puisse choisir le corps de droit. LL. 11 et 12, ff. *d. tit.*

§. II. De la révocation tacite.

La révocation tacite se présume en plusieurs cas. 1° Lorsqu'un testateur, par un testament postérieur, lègue à quelqu'un une partie de ce qu'il lui avoit légué par un précédent, il est censé avoir tacitement révoqué le legs pour le surplus. L. 20, ff. *de instr. vel instrum. legato.*

Suivant ce principe, si un testateur, par un premier testament, avoit légué à son débiteur la remise de tout ce qu'il lui doit, et que, par un second, il déclare qu'il lui fait remise de tous les intérêts qu'il lui devra au jour de sa mort, il est censé avoir révoqué le legs de la remise du principal. L. 28, §. 5, *de liber. leg.*

2° Lorsqu'un testateur lègue par un second testament la même chose qu'il avoit léguée par un précédent testament à une autre personne; si quelques circonstances concourent, on présumera facilement que le testateur, par le legs porté au second testament, a tacitement révoqué celui fait par le premier testament. Un exemple de circonstance, qui peut en ce cas faire présumer la révocation du legs porté au premier testament, c'est si le testateur, par le second testament, lui lègue d'autres choses à la place.

Que s'il n'y a aucune circonstance qui concoure pour établir cette présomption, le legs fait par un second testament, de la même chose qui a été léguée par un premier testament à une autre personne, n'emporte point la révocation de celui porté au premier testament, et l'un et l'autre légataires sont admis au legs de cette chose, et sont entr'eux ce qu'on appelle *conjuncti re tantùm*, dont nous parlerons par la suite.

Lorsqu'il y a lieu de présumer que le testateur, en léguant à une seconde personne la même chose qu'il avoit léguée à une

première, a eu intention de révoquer le legs fait à la première personne, cette révocation du premier legs a lieu, quand même le second n'auroit eu aucun effet, ou même auroit été fait à un incapable. L. 34, ff. *de leg.* 1o.

Si néanmoins le second avoit été fait sous une condition, le testateur sera présumé n'avoir voulu révoquer le premier que sous cette condition, à moins que quelques circonstances ne fissent connoître qu'il a voulu le révoquer absolument. L. 7, ff. *de adim. leg.*

3o Lorsque le testateur a barré ou raturé son testament, en tout ou partie, il est censé avoir tacitement révoqué les dispositions qu'il a barrées. *Nihil interest inducatur quod scriptum est, an adimatur.* L. 16, ff. *de adim. leg. passim tit. de his quæ in test. del.*

4o L'aliénation que le testateur fait, à quelque titre que ce soit, d'une chose qu'il avoit léguée, renferme une révocation du legs qu'il en avoit fait, de telle manière que le légataire ne peut pas la prétendre, à moins qu'il ne prouve par quelques circonstances que le testateur a conservé la volonté de le lui léguer, ou du moins que ç'a été sa dernière volonté. L. 15, ff. *de adim. leg.*

Quand même l'aliénation ne seroit pas valable, elle ne laisseroit pas de renfermer la révocation tacite du legs. Par exemple, si un mari donnoit pendant le mariage à sa femme la chose qu'il a léguée à quelqu'un, cette donation, quoique nulle, ne laisseroit pas de faire réputer le legs révoqué. L. 24, §. 1. ff. *de adim. leg.* Par la même raison, si une femme mariée vend ou donne, sans l'autorité de son mari, la chose qu'elle a léguée, cet acte, quoique nul, ne laissera pas d'être suffisant pour faire présumer le legs révoqué.

Mais, pour que l'aliénation de la chose léguée renferme la tacite révocation du legs, il faut qu'il l'ait fait de son plein gré, sans que rien l'obligeât de le faire; c'est pourquoi, si le testateur a vendu, dans quelque cas de nécessité urgente, la chose qu'il avoit léguée, on ne présumera point dans le testateur la volonté de révoquer le legs, et ce sera à l'héritier qui en est grevé à la prouver. L. 11, §. 12, ff. *de leg.* 3o.

Par la même raison, si le testateur qui avoit légué la part indivise qu'il avoit dans une maison, a aliéné cette part par une licitation, à laquelle il a été provoqué, le legs ne devra pas être censé révoqué.

Observez aussi qu'un simple engagement que le testateur feroit de la chose léguée ne doit pas faire présumer la révocation du legs. *Paul. sentent.* III, VI. 16. La raison est que, le testateur comptant en ce cas recouvrer la chose qu'il ne fait qu'engager, cet engagement n'a rien de commun à la volonté de la laisser après sa mort au légataire.

Par la même raison, je pense qu'une vente faite sous faculté de réméré ne doit pas faire présumer la révocation du legs de la chose ainsi vendue, d'autant même que ces ventes sont faites *ex causâ alicujus urgentis necessitatis.*

5° De grandes inimitiés survenues depuis le testament entre le testateur et le légataire, font présumer la révocation du legs, l. 3, §. 11, l. 22, l. 31, §. 2, ff. *de adim. leg.*, à moins qu'il n'y eût eu entr'eux une réconciliation parfaite, l. 4, ff *d. tit.*; mais une légère brouillerie, un petit refroidissement, ne donnent pas lieu à cette présomption.

On doit aussi avoir égard à la qualité de la personne du légataire; si le légataire n'avoit d'autre titre que celui d'ami du testateur pour avoir mérité le legs qui lui a été fait, l'inimitié survenue depuis fait facilement présumer la révocation de ce legs; mais si le légataire étoit l'un des enfans du testateur, ou son plus proche parent en collatérale, ou son insigne bienfaiteur, on ne présumera pas si facilement la révocation du legs; car, en ce cas, on peut croire que, si le testateur n'a pas révoqué le legs, c'est qu'il a été plus sensible aux liens du sang, ou aux bienfaits reçus qui lui rendent chère la personne du légataire, qu'à l'offense qu'on présume qu'il lui a pardonnée.

Suivant ses principes, le legs fait à un domestique doit être censé révoqué si le testateur depuis l'a chassé de chez lui par mécontentement.

Il en seroit autrement s'il en étoit sorti parce qu'il n'étoit plus en état de servir, ou qu'il eût demandé son congé pour prendre un établissement de l'agrément de son maître.

6° Lorsqu'il est évident que le testateur a été porté à faire le legs par un motif unique qui vient à cesser, le legs est présumé révoqué. La loi 25, ff. *de adim. leg.*, en contient un exemple : Un testateur avoit légué un héritage à l'un de ses héritiers, et il avoit légué à l'autre de ses héritiers une créance jusqu'à concurrence de la valeur du prix de l'héritage qu'il avoit légué au premier : le legs fait au premier ayant été depuis révoqué par l'aliénation volontaire que le testateur avoit

faite de l'héritage, le jurisconsulte décide que celui fait au second doit être aussi présumé révoqué, parce qu'il est évident qu'il ne le lui avoit fait que pour l'égaler au premier héritier, et que ce motif pour lequel ce legs lui avoit été fait étant venu à cesser par l'extinction du legs fait au premier, il devoit être présumé révoqué.

La loi 30, §. 2, ff. *de tit.*, en contient un autre exemple à l'égard d'un legs fait par le testateur à une personne, pour récompense du soin dont il le chargeroit de faire conduire son corps dans un certain lieu de sépulture; ayant depuis déclaré son changement de volonté sur cette sépulture, le jurisconsulte décide que le legs doit être présumé révoqué.

Suivant ces principes, si le testateur avoit fait un legs à son exécuteur testamentaire, et que par un autre acte il en nommât à sa place un autre, on pourroit présumer qu'il auroit révoqué le legs qu'il lui avoit fait en considération et pour récompense de l'exécution dont il le chargeoit.

§. III. Si le testateur peut s'interdire le pouvoir de révoquer les legs qu'il a faits et les autres dispositions testamentaires.

Les legs et autres dispositions testamentaires étant, par leur nature, des ordonnances de dernière volonté, et par conséquent étant essentiellement ce que le testateur est censé avoir librement voulu au dernier instant qu'il a cessé de vouloir, il suit de là qu'il est de leur essence que ces dispositions soient toujours révocables, et que le testateur ne peut par conséquent s'interdire la faculté de les révoquer. *Nemo potest sibi testamento eam legem dicere ut à priore ei recedere non liceat*. L. 22, ff. *de leg.* 3°.

La promesse que le testateur feroit de révoquer un legs seroit donc nulle, soit qu'elle fût faite par testament, soit qu'elle fût faite par quelque acte postérieur.

Cela a lieu quand même il l'auroit confirmée par le serment; car le serment, qui est employé pour confirmer la promesse, n'est qu'un accessoire de la promesse; d'où il suit que, si la promesse par elle-même est nulle, le serment qui la confirme ne peut être valable, selon cette maxime de droit: *Cùm principalis causa non consistit, nec ea quidem quæ sequuntur locum obtinent.*

Non-seulement un testateur ne peut pas s'interdire absolument le pouvoir de changer ses ordonnances de dernière vo-

lonté, il ne peut pas même gêner ce pouvoir; c'est pour cette raison que l'ordonnance déclare de nul effet toutes les clauses dérogatoires par lesquelles un testateur déclare par son testament qu'il veut que tous ceux qu'il feroit par la suite, qui contiendroient quelque chose contre et outre ce qui est porté au présent testament, ne seroient pas valables, s'il ne s'y trouvoit une telle sentence; comme par exemple : *Beatus vir qui timet Dominum;* ou une telle formalité, s'ils n'étoient scellés du sceau de ses armes; l'ordonnance déclare ces clauses de nul effet, et veut que les testamens postérieurs soient valables et puissent révoquer le précédent, quoique le testateur n'y ait pas observé ce qu'il s'étoit prescrit par le précédent; la raison est que le pouvoir qu'il a de révoquer son testament ne doit point être gêné et assujetti à des formalités qu'il pouvoit oublier s'être imposées.

Ce principe, que les legs, et autres semblables dispositions, ne peuvent jamais être irrévocables, souffre une exception à l'égard des institutions contractuelles, dont nous traiterons en particulier dans un appendice.

Il souffroit encore une exception avant l'ordonnance, à l'égard des testamens mutuels; car, lorsque deux personnes, par un testament mutuel, s'étoient mutuellement légué leurs biens au survivant d'eux, et après sa mort à un tiers, le survivant qui avoit recueilli le legs du prédécédé, ne pouvoit plus révoquer celui qu'il avoit fait à un tiers. L'ordonnance de 1735 a abrogé l'usage de ces testamens.

On demande si la reconnoissance portée par un testament, que le testateur doit une certaine somme à une personne, est révocable. Il faut distinguer : en tant qu'elle contient une preuve de la dette, elle n'est pas révocable; la preuve qui subsiste de cet aveu subsiste nonobstant la révocation de cet aveu, et dispense le créancier de rapporter d'autres preuves de sa créance; mais cette reconnoissance, en tant qu'elle contiendroit un legs de la somme que le testateur a reconnu devoir, quoique le testateur ne la dût pas effectivement, est révocable, et la révocation a cet effet, que l'héritier, qui ne seroit pas recevable à prouver que cette somme n'étoit pas due, si la reconnoissance n'avoit pas été révoquée, parce que cette reconnoissance vaudroit comme legs, sera recevable à faire cette preuve, et à détruire celle qui résulte de l'aveu.

SECTION III.

De l'extinction du legs de la part du légataire.

Les legs s'éteignent de la part du légataire, 1° par son prédécès; 2° lorsqu'il devient incapable; 3° lorsqu'il s'en est rendu indigne; 4° par la répudiation qu'il fait des legs.

§. I. De l'extinction des legs par le prédécès du légataire, ou par son incapacité.

Il est évident que le legs s'éteint lorsque le légataire meurt avant le testateur; car les legs n'ayant d'effet qu'à la mort du testateur, ils ne peuvent donner aucun droit au légataire que dans ce temps; le légataire qui est mort avant ce temps est donc mort sans avoir pu acquérir aucun droit qui résultât du legs, et il n'a pu par conséquent en transmettre aucun dans sa succession.

Que si le légataire a survécu le testateur, le legs, qui est pur et simple, n'est point éteint par la mort du légataire, quoiqu'il meure avant que d'avoir accepté le legs, et même avant que d'en avoir eu connoissance; car le droit qui résulte des legs est acquis aux légataires par la vertu de la loi, même sans qu'ils le sachent.

Lorsque le legs est conditionnel, le legs est éteint par la mort du légataire avant l'existence de la condition, quoique depuis la mort du testateur; car ces legs n'ayant leur effet et ne pouvant acquérir de droit aux légataires que du jour de l'existence de la condition, ils ne peuvent en avoir aucun lorsque le légataire se trouve mort dans ce temps; les conditions de legs n'ont pas un effet rétroactif au temps de la mort du testateur, en quoi elles sont différentes de celles des actes entre-vifs; et la raison de différence est que ceux qui contractent, contractent tant pour eux que pour leurs héritiers; c'est pourquoi le droit qui résulte du contrat peut être, en vertu du contrat, acquis après leur mort à leurs héritiers lors de l'existence de la condition, laquelle, pour cet effet, a un effet rétroactif au temps du contrat; au lieu que le testateur ne lègue qu'à la personne du légataire; il n'a point en vue par son testament les héritiers du légataire; c'est pourquoi le droit qui résulte du testament ne peut être, en vertu du testament, après la mort du légataire,

acquis à ses héritiers par l'existence de la condition, à laquelle, pour cela, on ne donne point d'effet rétroactif.

Il y a de certains legs qui ne sont point sujets à s'éteindre par la mort du légataire; tels sont ceux qui sont faits à des corps et communautés qui ne meurent point; tels sont ceux qui sont faits à quelqu'un, non en tant qu'il est une telle personne, mais en tant qu'il a un certain titre qui ne meurt point et passe à ses successeurs; par exemple, si quelqu'un léguoit au roi, un tel legs ne seroit point éteint par la mort du roi aujourd'hui régnant avant le testateur; *quod principi relictum est qui, antequàm dies legati cedat, ab hominibus ereptus est... successori debetur.* L. 56, ff. *leg.* 2° La raison est qu'un tel legs est censé fait, non pas tant à la personne du roi régnant qu'au roi, qui ne meurt jamais.

Il en est de même des legs qui seroient faits au curé d'une telle paroisse, au lieutenant-général d'un tel bailliage, au doyen de l'université, etc.

Ce sont les circonstances qui doivent beaucoup servir à décider si les legs doivent être présumés faits plutôt au titre qu'à la personne; car si le testateur avoit des liaisons personnelles de parenté ou d'amitié avec la personne d'un procureur du roi, d'un doyen de l'université, etc. le legs fait en ces termes, au procureur du roi, au doyen de l'université, etc. pourroit être présumé fait à la personne que le testateur auroit désignée par sa qualité, au lieu de la désigner par son nom.

Par la même raison que les legs s'éteignent par la mort du légataire avant celle du testateur, ou avant l'existence de la condition, ils doivent aussi s'éteindre par l'incapacité du légataire, qui, lors de la mort du testateur, ou de la condition qui donne ouverture au legs, s'en trouve incapable; comme s'il étoit devenu religieux, s'il avoit perdu la vie civile par une condamnation capitale. (*Voyez* ce que nous avons dit, chap. 2, art. 2.)

§. II. De l'extinction des legs par l'indignité des légataires.

Par le droit romain, les legs ne s'éteignoient pas proprement par l'indignité du légataire qui s'en rendoit indigne, le fisc les recueilloit en sa place. Par notre droit françois, la chose léguée demeure par-devers celui qui a été grevé du legs, lorsque le légataire s'en est rendu indigne; c'est pourquoi l'indignité est une manière dont les legs s'éteignent de la part du légataire.

Il y avoit un grand nombre de causes d'indignité par le droit romain, qui ne sont pas reçues dans nos usages.

Les causes d'indignité parmi nous, sont, 1° si le légataire a été complice de la mort du testateur; s'il avoit fait quelque injure sanglante à sa mémoire.

2° Si quelqu'un a empêché le testateur de révoquer le testament qu'il avoit fait en sa faveur, ou même d'y retoucher, il doit être privé, comme indigne, des legs qui lui ont été faits; car son dol ne doit pas lui être profitable, et lui assurer des legs que le testateur auroit peut-être révoqués s'il n'eût été empêché de retoucher son testament.

A l'égard des autres légataires auxquels le testateur a fait des legs par le testament qu'il avoit intention de retoucher, ou même de révoquer, s'ils n'ont point été complices des manœuvres de celui qui a empêché le testateur de révoquer ou retoucher son testament, ils ne doivent point être privés de leur legs; car, n'ayant rien fait qui les en rende indignes, ils ne peuvent en être exclus qu'autant que le testateur auroit effectivement révoqué les legs qu'il leur a faits; et l'envie qu'il paroît avoir eue de retoucher son testament, ou d'en faire un nouveau, n'est pas une vraie révocation de ce legs.

Ces faits d'indignité, qu'un légataire a empêché le testateur de retoucher son testament, peuvent être prouvés par témoins, comme le peut être un autre délit; le juge néanmoins doit permettre cette preuve avec circonspection.

3° Une espèce de cause d'indignité, selon nos usages, est lorsque la personne que le testateur avoit nommée pour son exécuteur testamentaire refuse de se charger de cette exécution; il est, en conséquence de ce refus, non recevable à demander les legs qui paroîtront lui avoir été faits, dans la vue de le récompenser du soin de cette excécution.

Par la même raison, quoiqu'il n'y ait point dans notre droit de tutelle testamentaire, néanmoins si le testateur avoit nommé quelqu'un de ses parens pour tuteur de ses enfans, et lui eût fait quelque legs; si le juge, sur l'avis de la famille, avoit nommé cette personne pour tuteur, et que cette personne s'excusât de la tutelle par quelque privilége, elle seroit non recevable à demander le legs qui paroîtroit lui avoir été fait dans cette vue.

§. III. De la répudiation des legs.

Le legs s'éteint de la part du légataire, lorsqu'il le répudie.

Pour qu'un légataire puisse valablement répudier le legs qui lui est fait, il faut qu'il soit usant de ses droits; une femme qui est sous puissance de mari ne peut donc valablement répudier le legs qui lui est fait, sans l'autorité de son mari; un mineur qui est sous puissance de tuteur ne le peut pareillement.

Quand même il seroit émancipé, sa minorité le rendroit restituable contre la répudiation qu'il feroit du legs, à moins que ce ne fût un legs modique, de quelque somme ou chose mobilière; car les émancipés peuvent dissiper leurs meubles sans restitution.

Lorsqu'une autre personne que celle à qui le legs a été fait en doit profiter, c'est celle qui en doit profiter qui peut valablement répudier le legs; c'est pourquoi, le mari qui est en communauté de biens avec sa femme peut valablement répudier le legs fait à sa femme, qui seroit entré en sa communauté, et il n'a pas besoin, pour cette répudiation, du consentement de sa femme. On pourroit néanmoins tirer argument de la loi 26, *Cod. de fid.* pour dire qu'en ce cas la femme pourroit se faire autoriser à le demander au refus de son mari, puisqu'il est décidé en cette loi que le fils de famille peut demander le legs qui lui a été fait, et que son père, qui auroit pu l'acquérir *jure patriæ potestatis*, auroit répudié. Il paroît par les Basil. *lib.* 2, *cap.* 8, §. 3, que cette loi est dans l'espèce d'un fils de famille.

Cela surtout doit être accordé à la femme lorsqu'elle a droit de reprendre, en cas de renonciation à la communauté, ce qui est entré à cause d'elle en communauté.

La répudiation d'un legs se fait, ou expressément, ou tacitement.

Le consentement qu'un légataire donneroit à la vente que feroit l'héritier de la chose qui lui est léguée, est regardé comme une répudiation qu'il fait de son legs, à moins qu'il ne parût par les circonstances que son intention n'a pas été de répudier le legs, mais de consentir à recevoir le prix au lieu de la chose. L. 120, §. 1, ff. *de leg.* 1°. L. 88, §. 14, ff. *de leg.* 2°. Que si un légataire a seulement souscrit comme témoin au contrat de vente de la chose qui lui a été léguée, on n'en doit point induire une renonciation au legs. L. 34, §. 2, ff. *de leg.* 2°.

Il nous reste à observer que, quoiqu'un légataire à qui le testateur a fait deux ou plusieurs legs en puisse accepter l'un et répudier l'autre, néanmoins, si l'un desdits legs a été fait

sous certaines charges, le légataire ne peut pas, pour se soustraire aux charges qui lui sont imposées, le répudier et accepter celui qui est fait sans charges. L. 5, *ppio.* et §. 1, ff. *de leg.* 2°; et l. 22, ff. *de fid. libert.*

SECTION IV.

De l'extinction des legs de la part de la chose léguée.

Les legs s'éteignent de la part de la chose léguée, lorsqu'elle périt, ou lorsqu'elle cesse d'être susceptible du legs que le testateur a fait de cette chose.

ARTICLE PREMIER.

De l'extinction du legs lorsque la chose périt.

§. I. A l'égard de quel legs la règle reçoit-elle application, et quelles exceptions souffre-t-elle ?

La règle que nous venons d'établir, que les legs s'éteignent lorsque la chose léguée périt, ne peut recevoir d'application qu'à l'égard des legs de choses certaines et déterminées.

Un legs d'une chose indéterminée ne peut pas s'éteindre de cette manière; par exemple, le legs d'un cheval indéterminé; car ce legs, jusqu'à ce qu'il soit acquité par la prestation d'un cheval, n'étant déterminé à aucun cheval, la mort d'aucun cheval ne peut donner lieu à l'extinction de ce legs; parce qu'on ne peut dire d'aucun cheval qu'il soit la chose qui a été léguée; il faudroit, pour que la chose qui a fait l'objet d'un tel legs pérît, que toute l'espèce des chevaux fût périe.

Il en est de même du legs d'une somme d'argent; car ce n'est pas l'argent précisément qui se trouve dans les coffres du testateur à sa mort, qui fait l'objet de ce legs, c'est une telle somme d'argent *in abstracto*.

Au reste, les legs des choses certaines s'éteignent par l'extinction de la chose léguée, soit que ce soit une chose corporelle, soit que ce soit une chose incorporelle qui ait été léguée; par exemple, si le testateur m'a légué une certaine créance, le legs est éteint si le testateur a reçu le paiement de son vivant, ou qu'il soit devenu l'héritier de son débiteur; l. 21, ff. *de lib. leg.*; car cette créance, qui étoit la chose léguée, se trouve éteinte par le paiement, ou par la confusion.

Le legs alternatif de deux choses certaines s'éteint par l'extinction des choses léguées, comme le legs pur et simple;

mais comme dans les legs alternatifs de deux choses, les deux choses sont léguées, le legs n'est éteint que par l'extinction des deux choses; lorsqu'il n'en est péri qu'une, le legs subsiste dans celle qui reste.

Que si l'héritier grevé du legs avoit offert l'une des deux au légataire, et l'eût mis en demeure de la recevoir, en ce cas, l'extinction de la seule chose qui a été offerte opéreroit l'extinction du legs, parce que le legs, par ces offres, d'alternatif qu'il étoit, avoit été déterminé à la chose offerte.

§. II. Quand une chose est-elle censée périe?

Une chose est périe lorsque ce qui constituoit sa substance ne subsiste plus.

Ce qui constitue la substance de chaque chose n'est pas tant la matière dont elle est composée, que la forme qui lui est propre, qui la caractérise essentiellement, et qui la différencie des autres choses. C'est pourquoi, lorsque cette forme est détruite, quoique la matière dont la chose étoit composée subsiste, et qu'elle n'ait fait que passer à une autre forme, la chose est censée périe, et le legs qui auroit été fait de cette chose est éteint.

Par exemple, si un testateur avoit légué la laine qu'il avoit chez lui, et qu'il en eût fait des habits, le legs seroit éteint par l'extinction de la chose léguée : *Lanâ legatâ, vestem quæ ex eâ facta sit deberi non placet;* l. 88, ff. *de leg.* 3o*;* car, quoique la matière ne soit pas détruite, et se trouve dans les habits qui en ont été faits, néanmoins, comme elle ne subsiste plus dans sa forme de laine, mais dans la forme d'habits, il est vrai de dire que la laine qui a été léguée ne subsiste plus, parce que des habits, quoique faits de laine, sont quelque chose de différent de la laine.

Du principe que c'est la forme propre et caractéristique de chaque chose qui constitue l'essence et la substance des choses, plutôt que la matière dont elles sont composées, naît une autre conséquence, qui est l'inverse de la précédente; savoir, qu'une chose n'est pas censée périe tant que la forme qui constitue sa substance subsiste, quoiqu'il ne reste plus rien de l'ancienne matière dont elle étoit composée.

Par exemple, si un bâtiment, comme un moulin, ou un bateau, ont été si souvent réparés depuis le testament, qu'il ne reste plus rien, ou absolument rien des différentes parties

dont il étoit pour lors composé, néanmoins étant toujours resté en sa forme de moulin ou de bateau, la chose est censée être la même qui a été léguée, et le legs n'est point éteint. L. 65, §. 2, ff. *de leg.* 2°. L. 24, §. 4, ff. *de leg.* 1°.

Par la même raison, lorsque quelqu'un a légué un troupeau, ou un fonds de boutique, quoiqu'il ne reste plus aucune des bêtes qui composoient le troupeau, ni aucune des marchandises qui composoient le fonds de boutique au temps du testament, d'autres bêtes et d'autres marchandises leur ayant été substituées, néanmoins le troupeau et le fonds de boutique ayant toujours demeuré en son état de troupeau ou de fonds de boutique, le legs n'est point éteint, et le légataire peut demander la délivrance du troupeau ou du fonds de boutique qui se trouve lors de l'ouverture du legs.

Observez que tout changement dans la forme d'une chose n'opère pas sa destruction, mais seulement le changement de cette forme qui en constituoit la substance; par exemple, si un testateur a légué un certain morceau de terre, et que depuis son testament il ait construit un édifice sur ce morceau de terre, le changement qui est arrivé dans la forme de ce morceau de terre nue, qui est devenu occupé par un bâtiment, n'opère pas l'extinction du morceau de terre; car ce morceau de terre, quoique occupé par un bâtiment, est toujours un morceau de terre; la forme qui constitue la substance du morceau de terre n'est pas détruite, la forme de bâtiment qui lui est survenue n'est qu'une forme accidentelle; c'est pourquoi le legs ne sera pas éteint, et le légataire peut demander la délivrance du morceau de terre avec le bâtiment qui y a accédé et en fait partie. *Si areæ legatæ domus sit imposita debebitur legatario, nisi testator mutavit voluntatem* (ce qu'il faudroit que l'héritier prouvât). L. 44, §. 4, ff. *de leg.* 1°.

§. III. Si, lorsque la chose léguée est détruite, le legs subsiste au moins dans ce qui en reste, et des accessoires de la chose léguée.

Il n'y a que l'extinction totale de la chose léguée qui opère l'extinction totale du legs; lorsqu'il reste quelque partie de la chose léguée, le legs subsiste pour cette partie qui reste.

Par exemple, si on m'a légué un troupeau de bœufs, et qu'il n'en reste qu'un seul, le legs subsistera pour celui qui reste; l. 22, ff. *de leg.* 1°; car, quoiqu'un seul bœuf ne puisse pas former un troupeau, néanmoins lorsqu'il reste un des bœufs

qui composoient le troupeau, il est vrai de dire que le troupeau n'est pas entièrement et totalement détruit, et que le bœuf qui reste est une partie du troupeau légué.

Par la même raison, si on m'a légué une maison qui depuis a été brûlée, *d.* l. 22, le legs subsiste pour la place qui reste de cette maison; car la place est une partie de la maison; la maison n'est pas détruite entièrement, il en reste la place qui en fait partie.

C'est pourquoi, si le testateur y a construit une autre maison, elle appartiendra au légataire comme accessoire de cette place qui faisoit partie de ce qui lui a été légué, suivant les principes de la loi 44, §. 4, ff. *de leg.* 1°, citée à la fin du paragraphe précédent.

Il est vrai que la loi 65, §. 2, ff. *de leg.* 1°, dit formellement le contraire; mais elle ne fait que rapporter le sentiment de Celse, qui n'a pas été suivi, comme il paroît par la loi 98, §. 8, ff. *de solut.* Les anciens jurisconsultes n'avoient pas été d'accord sur cette question.

Il en est autrement lorsque le legs est non de la maison, mais de l'usufruit de la maison; lorsque la maison est brûlée, le legs est totalement éteint, parce que la chose léguée est totalement éteinte; le droit d'usufruit, qui est la chose léguée, étant le droit d'habiter la maison, ce droit d'habiter est totalement détruit lorsqu'il ne reste plus que la place, une place n'étant pas susceptible d'habitation. C'est la décision de la loi 5, §. 2, ff. *quid. mod. ususf. exting.*

Pour revenir à ce qui concerne les legs des choses corporelles, le legs subsiste à la vérité en partie, lorsque la chose n'a été détruite qu'en partie; mais lorsque la chose léguée a péri totalement avant l'ouverture du legs, ce qui en reste ne peut être prétendu par le légataire, parce que l'extinction totale de la chose léguée emporte l'extinction totale du legs.

C'est sur ce fondement que les lois décident que lorsqu'on a légué un certain bœuf qui est mort, le légataire n'en peut demander la peau; *mortuo bove qui legatus est, neque corium, neque caro debetur;* l. 49, ff. *de leg.* 2°; et pareillement, lorsqu'un bateau légué a été dépecé, le légataire n'en peut demander les planches, *nave legatâ dissolutâ nec materia debetur;* l. 88, §. 2, *de leg.* 3°; car un bœuf est totalement péri lorsqu'il est mort, le bateau est totalement détruit lorsqu'il est dépecé; on ne peut pas dire que le bœuf légué subsiste en

partie par le cadavre qui en reste, et que le bateau subsiste en partie par les planches qui en restent; l'extinction de la chose léguée étant donc en ce cas une extinction totale, elle emporte l'extinction totale du legs, et le légataire ne peut pas prétendre ce qui reste de la chose, parce que c'est le reste d'une chose qui a existé et qui n'existe plus, et non pas, comme dans l'espèce précédente, le reste d'une chose qui n'a été détruite qu'en partie, et qui subsiste au moins en partie dans ce qui en reste.

Que si la chose léguée n'a été totalement détruite que depuis l'ouverture du legs; par exemple, si le bœuf qui a été légué n'est mort que depuis la mort du testateur, ce qui en reste, comme la peau, etc., doit appartenir au légataire, parce que la chose léguée ayant été une fois acquise au légataire par l'ouverture du legs, tout ce qui en reste doit lui appartenir; car tout ce qui reste d'une chose appartient à celui qui en étoit le propriétaire, *meum est quod ex re meâ superest.*

Il faut faire la même distinction à l'égard des accessoires de la chose léguée; lorsque la chose est totalement périe avant l'ouverture du legs, les accessoires de cette chose ne peuvent être prétendus par le légataire, parce que le legs est totalement éteint, et parce que, n'étant qu'accessoires de la chose léguée, ils ne sont pas compris au legs *per se*, mais seulement comme accessoires de la chose léguée, dont ils cessent d'être les accessoires lorsqu'elle ne subsiste plus, ne pouvant pas y avoir d'accessoire sans chose principale; par exemple, si un officier a légué à son camarade son cheval de bataille tout harnaché, si le cheval est mort avant l'ouverture du legs, le légataire ne pourra prétendre l'équipage de ce cheval, car il n'étoit compris au legs qu'en tant qu'accessoire du cheval; et il ne peut plus y avoir d'accessoire d'une chose qui n'est plus, *quæ accessionum locum obtinent extinguntur cùm principales res peremptæ fuerint.* L. 2, ff. *de pecul. leg.*

Que si la chose princpale n'étoit périe que depuis l'ouverture du legs, cette chose ayant été une fois acquise au légataire avec ses accessoires, lesdits accessoires continueroient de lui appartenir.

§. IV. Des exceptions que souffre la règle que le legs s'éteint par l'extinction de la chose léguée.

Cette règle souffre une première exception lorsque c'est par le fait de celui qui étoit grevé du legs que la chose léguée

est périe ; car il n'est pas juste que son fait préjudicie au légataire ; il doit payer au légataire l'estimation de la chose léguée périe par son fait.

Si néanmoins c'étoit par un fait que l'héritier eût dû faire que la chose léguée fût périe, il ne seroit point tenu d'en indemniser le légataire. *Arg.* leg. 53, §. 3, ff. *de leg.* 3°.

Par exemple, si, le cheval légué étant devenu morveux, l'héritier l'a tué pour obéir à une ordonnance de police de tuer tous les chevaux morveux ; si l'héritier, dans les circonstances d'un incendie, a abattu la maison léguée pour couper la communication du feu, l'héritier, en ces cas et autres semblables, ne sera point tenu de payer au légataire le prix de la chose léguée périe par son fait, parce qu'il n'a fait que ce qu'il devoit faire.

Une seconde exception est lorsque la chose léguée est périe, à la vérité sans le fait, mais par la faute de l'héritier grevé du legs ; il est obligé d'en payer l'estimation au légataire, à qui il n'a pu par sa faute préjudicier.

La faute dont l'héritier grevé du legs est tenu à cet égard, est la faute légère. L. 47, §. 5, ff. *de leg.* 1°. Si néanmoins l'héritier étoit grevé de rendre à quelqu'un incontinent tout ce que le testateur lui laisse, sans qu'il profitât de rien, il ne devroit être tenu que de la faute grossière, *de latâ culpâ.* L. 22, §. 3, ff. *ad Trebell.* C'est ainsi que je pense que se doivent concilier ces deux lois.

Une troisième exception est, lorsque la chose léguée est périe depuis que l'héritier grevé du legs a été mis en demeure de la délivrer ; car, en ce cas, comme le légataire ne doit pas souffrir de sa demeure injuste, il doit payer au légataire l'estimation de la chose léguée périe depuis sa demeure. L. 39, §. 1, ff. *de leg.* 1° *et passìm.* Il n'y est néanmoins tenu qu'au cas auquel le légataire n'en auroit pas également souffert la perte si elle lui eût été délivrée, *putà*, parce qu'il l'auroit vendue auparavant ; que s'il paroît que le légataire en eût également souffert la perte si elle lui eût été délivrée, comme en ce cas il ne souffre rien de la demeure qui lui en a été faite, l'héritier n'est point obligé à lui payer l'estimation de la chose périe depuis la demeure. L. 47, §. *fin.* ff. *de leg.* 1°.

Observez que, pour que l'héritier soit tenu de la perte de la chose léguée périe depuis sa demeure, il faut qu'elle soit périe pendant qu'il continuoit à être en demeure ; que si elle

n'est périe qu'après qu'il a purgé sa demeure par des offres qu'il a faites de lui délivrer la chose léguée, qu'il a été mis en demeure de la recevoir, la perte en ce cas tombe sur le légataire. *Arg.* leg. 91, §. 3, ff. *de verb. obl.*

Observez aussi que, lorsqu'il y a plusieurs héritiers tenus du legs, et que la terre léguée est périe par le fait ou par la faute de l'un d'eux, ou depuis que l'un d'eux a été mis en demeure, il n'y a que celui d'entr'eux par le fait ou la faute duquel la chose est périe, ou qui a été mis en demeure, qui soit tenu de la perte de la chose léguée; les autres n'en sont pas tenus. L. 48, §. 1, ff. *de leg.* 1º.

En cela les cohéritiers sont différens des débiteurs solidaires, qui sont tous tenus, à cet égard, du fait, de la faute, ou de la demeure de l'un d'entr'eux. L. 18, ff. *de duob. reis.*

ARTICLE II.

De l'extinction du legs lorsque la chose léguée a cessé d'être susceptible du legs qui en a été fait au légataire.

Le legs est éteint lorsque la chose léguée a cessé d'être susceptible du legs qui en a été fait au légataire.

De là il suit, 1º que si depuis le testament le légataire a acquis une propriété pleine et parfaite, à titre lucratif, de la chose qui lui a été léguée, le legs est éteint; car la chose léguée étant devenue sa propre chose à titre lucratif, elle n'est plus susceptible du legs qui lui en a été fait.

De là il suit, 2º que les choses qui sont hors le commerce n'étant pas susceptibles de legs, si la chose léguée est mise hors du commerce, le legs est éteint; comme par exemple, si le morceau de terre qui a été légué a été pris pour en faire le grand chemin.

Si néanmoins c'étoit par le fait, ou par la faute de l'héritier tenu du legs, ou depuis sa demeure, que la chose léguée eût cessé d'être dans le commerce, il seroit obligé d'en indemniser le légataire; de même que, lorsqu'elle est périe par son fait, ou par sa faute, ou depuis sa demeure, il est obligé de l'en indemniser.

Si la chose léguée avoit été mise hors du commerce, à la charge de payer des deniers publics une indemnité aux propriétaires, comme lorsqu'on a pris ici des maisons pour faire la rue royale; en ce cas, il n'est pas douteux que, si la maison

n'a été ainsi mise hors du commerce que depuis l'ouverture du legs, c'est au légataire que cette indemnité est due, puisqu'il en étoit devenu le propriétaire et l'avoit acquise lors de l'ouverture du legs; mais il en doit être autrement, si la chose léguée a été mise hors du commerce avant l'ouverture du legs; car, ne se trouvant plus lors de la mort du testateur, ou de la condition qui devoit donner ouverture au legs, aucune chose qui soit susceptible du legs, *dies legati inutiliter cedit*, le legs se trouve entièrement éteint dès avant qu'il puisse être ouvert.

SECTION V.

Qui doit profiter de la chose léguée lorsque le légataire ne recueille pas le legs. Du concours des colégataires, et du droit d'accroissement.

§. I. Qui doit profiter de la chose léguée lorsque le légataire ne recueille pas le legs.

Lorsqu'un légataire ne recueille pas le legs qui lui a été fait, soit par son prédécès, soit par son incapacité ou indignité, soit parce qu'il le répudie, ou pour quelque cause que ce soit, si le testateur lui a substitué quelqu'un par substitution vulgaire, et que cette substitution ne soit suspendue par aucune condition, c'est ce substitué qui recueille le legs à sa place.

A défaut de substitué, il y a lieu au droit d'accroissement, lorsque ce légataire a des colégataires, comme nous le verrons ci-dessous, §. 3.

A défaut de substitué et de colégataires, la chose léguée, ou la somme léguée, reste par-devers les héritiers, ou autres qui étoient grevés de la prestation du legs, et ce sont eux qui en profitent.

Lorsqu'il y a un légataire, on demande si ce sont les héritiers ou le légataire universel, qui doivent profiter de l'extinction des legs particuliers. Il y en a qui ont voulu distinguer le cas auquel le testateur auroit commencé par faire un legs universel, et fait ensuite des legs particuliers; et celui auquel, après les legs particuliers, il auroit légué le surplus de ses biens; ils conviennent qu'au premier cas le légataire universel profite de l'extinction des legs particuliers, ce qui ne peut souffrir de difficulté, les legs particuliers n'étant en ce cas que des délibations ou diminutions du legs universel, qui demeure en son entier lorsqu'il n'y a pas lieu à ces délibations et diminutions par l'extinction des legs qui les contenoient; ils pensent

qu'il en doit être autrement au second cas, parce que le testateur, léguant le surplus de ses biens au légataire universel, ne lui a point, disent-ils, légué les choses comprises aux legs particuliers qui les précèdent. Pour moi, je pense que, même en ce cas, le légataire universel doit profiter des choses et sommes comprises dans les legs particuliers qui sont éteints, et que ces termes, *le surplus de mes biens*, doivent s'entendre non en ce sens, le surplus de ce qui est exprimé, mais en ce sens, le surplus de ce qu'auront ceux à qui j'ai fait les legs particuliers ci-dessus. Telle est l'intention ordinaire de ceux qui font des legs universels. Ricard rapporte un arrêt qui a décidé pour notre sentiment.

Lorsque c'est un légataire particulier qui a été chargé de restituer à un autre, en tout ou en partie, ce qui lui avoit été laissé, et que ce fidéicommis dont il étoit grevé vient à s'éteindre par le prédécès ou la répudiation du fidéicommissaire, ou pour quelque autre cause, c'est le légataire qui étoit grevé de ce fidéicommis qui doit profiter, plutôt que l'héritier, de l'extinction de ce fidéicommis, et qui doit garder par-devers lui ce qu'il avoit été chargé de restituer; c'est la décision de la loi 60, ff. *de leg.* 2°, et de quelques autres, *tit. de leg. n.* 405.

Il en seroit néanmoins autrement s'il paroissoit par les circonstances que le testateur avoit eu intention de faire cette personne un simple exécuteur de ses volontés, et non de lui léguer.

§. II. Du concours entre plusieurs légataires d'une même chose.

Lorsqu'un testateur a légué à plusieurs la même chose, ou la même somme, et que tous ces légataires de cette chose, ou de cette somme, acceptent le legs, la chose léguée, ou la somme léguée, se partage entre eux par portions viriles, c'est-à-dire par portions égales, et en autant de parts égales qu'il y a de personnes.

Par exemple, si un testateur s'est exprimé ainsi : Je lègue à Pierre une somme de 10,000 liv.; je lègue à Paul la même somme de 10,000 liv. que j'ai ci-dessus déjà léguée à Pierre ; cette somme de 10,000 liv. se partage par portions égales entre Pierre et Paul, auxquels elle est léguée.

Pareillement, s'il est dit : Je lègue à Pierre, à Paul et à Jean ma maison de La Corne, Pierre, Paul et Jean la partageront chacun par tiers.

Quand même Pierre, Paul et Jean auroient été, par une

autre disposition, légataires universels avec d'autres pour des portions inégales, ils devroient partager la chose particulière qui leur est léguée, non pour les portions qui leur ont été assignées dans le legs universel, mais par portions viriles et égales. *Arg.* leg. 67, §. 1, ff. *de leg.* 1°.

Ce partage entre plusieurs légataires de la chose léguée, a lieu, soit qu'elle leur ait été léguée *disjunctìm*, par des dispositions ou phrases séparées, soit qu'elle leur ait été léguée *conjunctìm*, par une même phrase ou disposition.

Mais observez que, si le legs a été fait à quelqu'un d'entre eux *disjunctìm*, par des phrases et dispositions séparées, et à d'autres *conjunctìm*, par une même phrase et disposition, dans le partage qui se fera entre tous ces légataires, ceux qui se trouveront conjoints par une même phrase et disposition ne prendront qu'une seule part pour eux tous dans le partage qu'ils feront avec ceux qui sont légataires par des phrases séparées; *si conjuncti disjunctis commixti sunt, conjuncti unius personæ vice funguntur.* L 34, ff. *de leg.* 1°.

Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi : Je lègue ma maison de La Corne à Pierre; je lègue ma maison de La Corne à Paul; je lègue ma maison de La Corne à Jacques et à Jean; Pierre aura un tiers, Paul un autre tiers; et Jean et Jacques, qui sont conjoints dans une même phrase et disposition, n'auront qu'un tiers entre eux.

Si, par une même phrase et disposition, les uns sont nommés séparément, les autres sont compris sous une appellation collective, régulièrement ceux qui sont compris sous cette appellation collective, ne prennent pour eux tous qu'une part. Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi : Je lègue à Pierre, à Paul, et à ceux que j'ai faits ci-dessus mes légataires, une telle terre, *Attio et Seïo cum hæredibus meis*, la terre se partagera en trois parts, l'une pour Pierre, l'autre pour Paul, et la troisième pour tous les légataires universels. L. 7, ff. *de usuf. accresc.* Cela dépend néanmoins beaucoup des circonstances et de l'examen de la volonté du testateur, et souvent les personnes, quoique comprises dans la disposition sous une appellation collective, ne doivent pas être réduites à une seule part pour elles toutes, mais doivent avoir chacune la leur.

Par exemple, si un testateur, qui avoit trois filleuls et une filleule, a légué ainsi : Je lègue à mes filleuls et à Jeanne ma filleule, un tel contrat de rente, le contrat ne se partagera pas

entre Jeanne pour une moitié, et les trois filleuls pour l'autre moitié, mais ils auront chacun un quart, parce qu'il y a lieu de penser que, si le testateur a nommé Jeanne séparément, c'est plutôt pour lever le doute qu'il auroit pu y avoir si elle étoit comprise sous l'appellation générique de filleuls, que dans la vue de lui attribuer une portion égale à celle des trois filleuls, surtout lorsqu'il n'y a pas de preuve qu'elle fût plus chère au testateur que ses autres filleuls.

Voici un autre exemple : un testateur a légué ainsi : Je lègue une telle chose à Pierre et aux enfans qui naîtront de mon frère; s'il naît depuis ce testament trois enfans de ce frère, ils n'auront pas seulement une part pour eux tous, mais ils partageront chacun avec Pierre par portions viriles et égales, c'est-à-dire qu'ils auront chacun un quart. *Arg.* l. 6 et 7, ff. *de reb. dub.* Car il y a lieu de penser que, si le testateur les a compris sous une appellation générique, c'est parce que, n'étant pas encore nés, ils n'avoient point encore de nom propre par lequel ils pussent être désignés, plutôt que, parce qu'il eût voulu les réduire à une portion pour eux tous.

§. III. Du droit d'accroissement entre les colégataires d'une même chose, ou d'une même somme.

Les colégataires d'une même chose, ou d'une même somme, sont légataires du total de la chose, ou de la somme léguée; ce n'est que par leur concours que la chose léguée, quoique léguée à chacun d'eux en total, ne pouvant pas néanmoins appartenir à chacun pour d'eux le total, *cùm duo pluresve unius rei in solidum domini esse non possint,* se partage entre eux.

De là il suit que, si quelqu'un des colégataires ne recueille pas le legs, soit par son prédécès, soit par son incapacité, soit parce qu'il lui plaît de le répudier, la part qu'il auroit eue dans cette chose doit accroître à ses colégataires, *jure accrescendi,* ou plutôt, *jure non decrescendi.* Car chacun des colégataires étant légataire du total de la chose léguée, n'y ayant que le concours de deux ou plusieurs légataires qui la partagent entre eux, lorsque l'un d'eux ne concourt pas le total demeure de plein droit à l'autre.

Ce droit d'accroissement a lieu, pourvu que celui des colégataires qui ne recueille pas le legs n'eût pas de substitué; car si le testateur lui avoit substitué une autre personne, ce substitué à son défaut a tous les mêmes droits que lui; il re-

cueille le legs à sa place, il concourt à sa place avec les autres légataires de cette chose; c'est pourquoi il est décidé en droit que le droit de substitution l'emporte sur le droit d'accroissement. L. 2, §. 8, ff. *de bon. possess. secun. tab.* L. *fin. de vulgar. substitut.* Et ailleurs.

Le droit d'accroissement a lieu entre les colégataires à qui le testateur a légué *conjunctìm*, c'est-à-dire par une même disposition, une même phrase, et entre ceux à qui il a légué *disjunctìm*, c'est-à-dire par des dispositions et phrases séparées. Par exemple, soit que quelqu'un ait légué ainsi : Je lègue à Pierre, à Paul et à André une telle maison; soit qu'il ait légué ainsi : Je lègue à Pierre une telle maison, je lègue à Paul une telle maison, je lègue à André une telle maison; si André prédécède ou répudie les legs, la part qu'il auroit eue accroît à Pierre et à Paul.

Observez néanmoins que les colégataires qui sont conjoints par une même disposition avec celui qui ne recueille pas le legs, sont préférés par le droit d'accroissement à ceux qui sont colégataires de la même chose par des dispositions séparées : *præfertur cæteris qui re et verbis conjunctus est.* L. 89, ff. *de leg.* 3°. Par exemple, Je lègue une telle chose à Pierre; je lègue ladite chose à Paul; je lègue ladite chose à Jean et à Jacques : si Jacques prédécède, la part qu'il auroit eue accroît à Jean seul, qui est conjoint avec lui par une même disposition, à l'exclusion de Pierre et de Paul, qui n'étoient colégataires de Jacques que par des dispositions séparées. La raison est que, si Jacques eût concouru avec Jean, il n'eût fait tort qu'à Jean; il n'eût diminué que le droit de Jean, puisqu'ils n'auroient eu qu'un tiers pour eux deux; c'est donc Jean seul qui doit profiter de ce qu'il ne concourt pas.

Par la même raison, lorsque quelqu'un de ceux qui sont compris dans une disposition sous un nom collectif ou générique, et qui en conséquence n'auroient eu qu'une part pour eux tous dans la chose léguée, vient à prédécéder ou à répudier le legs, ce qu'il auroit eu dans la chose léguée accroît à ceux compris avec lui sous le même nom collectif, préférablement aux autres colégataires.

Observez aussi que les colégataires partagent la part qui leur accroît, dans la même proportion qu'ils partagent la chose léguée; c'est pourquoi, lorsque le testateur a légué ainsi : Je lègue une telle chose à Pierre; je lègue ladite chose à Paul; je

lègue ladite chose aux quatre enfans d'André, et que Paul vient à prédécéder, Pierre prendra seul autant dans la part de Paul qui accroît, que les quatre enfans d'André; ces quatre enfans n'ayant droit d'avoir pour eux tous qu'une part dans la chose léguée, ils ne doivent avoir pareillement qu'une part pour eux tous dans la part de Paul, qui accroît à Pierre et à eux.

Lorsque la même chose a été léguée à Pierre purement et simplement, et à Paul sous condition, Pierre ayant acquis le legs qui lui a été fait, et étant mort pendant que celui fait à Paul étoit encore en suspens, transmet à son héritier le droit de retenir toute la chose léguée et de profiter par droit d'accroissement de la part de Paul, si la condition sous laquelle le legs a été fait à Paul vient à manquer, l. 26, §. 1. ff. *de condit. et dem.*; car ce droit d'accroissement fait partie du droit résultant du legs fait à Pierre, que Pierre ayant acquis a transmis à son héritier.

Lorsqu'après avoir répudié un legs qui m'étoit fait conjointement avec une autre personne, je deviens héritier de mon colégataire mort depuis l'échéance du legs et avant que de s'être expliqué sur l'acceptation ou répudiation du legs, puis-je, en qualité de son héritier, acceptant le legs, acquérir même la part que j'ai répudiée de mon chef? Les Proculiens et les Sabiniens ont été divisés sur cette question: il me paroît qu'on doit préférer le sentiment des Sabiniens, qui pensent qu'en ce cas j'acquiers la chose léguée pour le total; car je succède dans tous les droits du défunt dont je suis héritier, et par conséquent au droit qu'il avoit de retenir la part que j'ai répudiée. Voyez les différens textes sur cette question, *tit. de leg. num.* 427.

Il nous reste à observer une différence sur le droit d'accroissement entre les colégataires d'une chose en propriété et les colégataires en usufruit. Lorsqu'une chose a été léguée en propriété à plusieurs colégataires, il ne peut plus y avoir lieu au droit d'accroissement, après que tous les colégataires ont concouru au legs qu'ils ont tous accepté; chacun acquiert irrévocablement et à perpétuité la part qu'il a dans la chose léguée par le concours et la transmet dans sa succession, sans que ses colégataires en puissent jamais profiter; il n'en est pas de même lorsqu'une chose a été léguée en usufruit à plusieurs colégataires: quoique tous ces colégataires aient concouru et partagé entre eux l'usufruit qui leur a été légué, le droit d'accroissement ne laisse pas d'avoir encore lieu; car, à mesure que chacun

de ces colégataires mourra, la portion qu'il avoit dans l'usufruit accroîtra à ses colégataires, au lieu de s'éteindre et de se consolider avec la propriété. La raison qu'en rendent les jurisconsultes, en la loi 1, §. 3, ff. *de usuf. accresc.* est, disent-ils, *quia ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore quo vindicatur, cùm primùm itaque non inveniat alter eum qui sibi concurrat, solus utetur in totum, etc.* C'est-à-dire qu'il n'en est pas de l'usufruit comme de la propriété; la propriété d'une chose s'acquiert en un moment et pour toujours; c'est pourquoi, lorsqu'un colégataire a acquis la part dans la propriété de la chose léguée, le legs ne peut plus défaillir pour sa part, puisqu'elle lui est acquise pour toujours; il ne peut donc plus y avoir lieu au droit d'accroissement de cette part; mais le droit d'usufruit est un droit successif, qui ne s'acquiert que successivement à mesure qu'on jouit de la chose; lors donc que l'un des colégataires cesse par sa mort de jouir de sa part dans cet usufruit, on peut dire que cette part a défailli en sa personne, et qu'il y a lieu par conséquent au droit d'usufruit de cette part au profit des colégataires qui, étant chacun légataires de l'usufruit pour le total, ont droit de le retenir, lorsque les autres parts viennent à défaillir. La loi 33, §. 1, ff. *de usuf.* rapporte une autre différence entre les colégataires d'usufruit et les colégataires d'une chose en propriété, que je ne penserois pas être suivie dans nos usages.

§. IV. Entre quels légataires y a-t-il lieu au droit d'accroissement ?

Il n'y a lieu au droit d'accroissement qu'entre ceux qui sont légataires de la même chose, ou de la même somme, chacun pour le total.

Il y a deux espèces de ces colégataires. 1° Ceux à qui on lègue la même chose ou la même somme, par des phrases séparées, qu'on appelle *conjuncti re tantùm*, comme lorsque je lègue ainsi : Je lègue ma maison de La Corne à Pierre; je lègue ma maison de La Corne à Paul; ou bien, Je lègue à Pierre dix pistoles; je lègue aussi à Paul les mêmes dix pistoles.

Que si le testateur n'avoit pas dit les mêmes dix pistoles, mais avoit dit : Je lègue à Pierre dix pistoles; je lègue à Paul dix pistoles, il seroit censé avoir légué à Paul, non pas les mêmes dix pistoles, mais dix autres pistoles, et Pierre et Paul ne seroient pas conjoints.

Lorsque le testateur a légué la même part d'une chose à

plusieurs, ils sont aussi conjoints et colégataires de cette part, et il y a lieu au droit d'accroissement entre eux, comme lorsque le testateur qui n'a que la moitié d'une certaine maison, lègue ainsi : Je lègue ma moitié d'une telle maison à Pierre; je lègue ma moitié d'une telle maison à Paul; ou, lorsqu'étant propriétaire du total, il lègue ainsi : Je lègue la moitié de ma maison à Pierre; je lègue à Paul la même moitié de ma maison que j'ai déjà léguée à Pierre; mais s'il lègue ainsi : Je lègue la moitié de ma maison à Pierre, et plus bas, Je lègue la moitié de ma maison à Paul, Pierre et Paul sont censés légataires d'une différente moitié et ne sont point conjoints ni colégataires.

Si le testateur avoit légué le total à Pierre, et qu'ensuite il en lègue à Paul une moitié, Pierre et Paul ne seront point encore censés conjoints; mais la présomption est que le testateur a distrait du legs une moitié pour la léguer à Paul; c'est pourquoi Pierre et Paul sont censés légataires d'une différente moitié. L. 41, §. 1, ff. *de leg.* L. 23, *Cod. de leg.*

La seconde espèce de colégataires et conjoints est de ceux à qui la même chose ou la même part d'une chose, ou la même somme, est léguée par une même phrase, et ce sont ceux qu'on appelle *conjuncti re et verbis*, comme lorsqu'un testateur a légué ainsi : Je lègue à Pierre et à Paul ma maison de La Corne; ou, Je lègue à Pierre et à Paul la moitié de ma maison de La Corne; ou, Je lègue à Pierre et à Paul 10,000 liv. Que s'il avoit ajouté, *à chacun d'eux,* Pierre et Paul ne seroient pas colégataires d'une même somme de 10,000 liv., mais Pierre le seroit de 10,000 liv., et Paul d'une autre somme de 10,000 liv.

Pour que les conjoints de ces deux différentes espèces soient véritablemet conjoints et puissent être légataires chacun pour le total de la même chose, il faut que le testateur ne leur ait point assigné de parts, ni expressément, ni tacitement dans cette chose.

Que si le testateur a assigné à chacun des légataires auxquels il a légué la même chose, une part dans cette chose, ces légataires ne sont point proprement colégataires, étant légataires chacun de leur part, et il n'y a pas lieu au droit d'accroissement entre eux.

On doit décider ainsi quand même ils seroient légataires par une seule et même disposition, par une seule et même phrase, et sont ceux qu'on appelle *conjuncti verbis tantùm,*

comme lorsqu'on a légué ainsi : *Je lègue à Pierre et à Paul ma maison de La Corne, par égales portions.*

Il y a néanmoins quelques interprètes qui ont prétendu qu'il y avoit lieu au droit d'accroissement, même entre ces conjoints. *Arg.* leg. 16, §. 2 *et fin.* ff. *de leg.* 1°; mais le sentiment contraire, qui est celui de Cujas, est plus conforme aux principes; car le testateur leur ayant assigné des parts dans la chose léguée, ces légataires n'étant légataires que de cette part qui leur a été assignée, il n'y a aucune raison pour qu'il pût y avoir lieu entre eux au droit d'accroissement, à moins qu'ils ne prouvassent par quelques circonstances que le testateur a voulu le leur accorder, ce qui doit se supposer dans l'espèce de la loi opposée; au reste, *sola conjunctio verborum* n'est pas *per se* suffisante pour faire présumer cette volonté dans le testateur, qui a pu les comprendre dans une même phrase seulement pour abréger, *propter sermonis compendium.*

Suivant ces principes, il a été jugé qu'une chose ayant été léguée à deux personnes, avec cette clause, *pour être partagée entre elles*, il n'y avoit pas lieu au droit d'accroissement. L'arrêt est rapporté par Soefve, 1, 11, 3.

Lorsqu'un testateur a légué à plusieurs personnes l'usufruit d'une certaine terre pour leurs alimens, il est censé, en leur léguant pour les alimens, avoir limité le legs qu'il faisoit à la portion de cet usufruit qu'il a jugé être suffisante pour les alimens de chacun d'eux, quoiqu'il n'ait fait aucune mention expresse de parts en sa disposition; c'est pourquoi il n'y aura pas lieu au droit d'accroissement entre ces légataires. L. 57, §. 1, ff. *de usuf.*

Lorsqu'un testateur a chargé Pierre et Paul, ses deux héritiers, de laisser chacun à ses enfans l'usufruit d'une certaine terre, les enfans de Pierre sont bien conjoints entre eux dans l'usufruit de la part de la terre à laquelle Pierre, leur père, a succédé, et il y a lieu au droit d'accroissement entre eux; mais ils ne sont point conjoints et colégataires avec les enfans de Paul, et il n'y a point lieu au droit d'accroissement entre eux et les enfans de Paul, car ils sont légataires de différentes parts, Pierre n'ayant été grevé qu'envers ses enfans, et Paul ne l'ayant été qu'envers les siens, ainsi qu'il résulte de ces termes, *chacun à ses enfans;* les enfans de Pierre ne sont légataires que de l'usufruit de la portion à laquelle a succédé Pierre, ceux de Paul de l'usufruit de la portion à laquelle a succédé Paul, et

par conséquent étant légataires de différentes portions, ils ne sont point conjoints, et il ne peut y avoir lieu au droit d'accroissement entre eux. C'est la décision de la loi 11, ff. *de usuf. accresc. Cùm singulis ab hæredibus singulis ejusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur... Undè fit ut inter eos jus accrescendi non sit.* D. l. 11. *Cùm alter ab alio hærede usumfructum vindicat.* L. 12, *d. tit.*

Lorsque la même chose a été léguée à deux personnes sous une alternative, par exemple : Je lègue à Pierre ou à Paul telle chose, tels légataires ne sont pas conjoints, mais ils sont entre eux cocréanciers solidaires de la chose léguée, *correi credendi*, et il est au pouvoir de l'héritier, en faisant la délivrance du total à l'un, de se libérer envers les deux. L. 16, ff. *de leg.* 2°.

§. V. Des différences qu'il y avoit par la constitution de Justinien entre les différentes espèces de conjoints, et si elles ont lieu dans nos usages.

La constitution de Justinien établit deux différences sur le droit d'accroissement entre les conjoints ou colégataires par dispositions ou phrases séparées, qu'on appelle *conjuncti re tantùm*, ou *disjuncti*, et entre les colégataires conjoints par une même phrase, qu'on appelle *conjuncti re et verbis.*

Le droit d'accroissement, suivant cette loi de Justinien, a lieu à l'égard des premiers, malgré eux et sans qu'ils soient tenus des charges imposées au colégataire dont la portion leur accroît; mais à l'égard de ceux qui sont conjoints *re et verbis*, la portion du colégataire qui ne recueille pas le legs n'accroît à ses colégataires qu'autant qu'ils le veulent bien, et elle leur accroît avec toutes les charges imposées aux colégataires dont la portion leur accroît; *disjunctis accrescit invitis et sine onere, conjunctis nonnisi volentibus, sed cum onere.* La raison de cette différence est que les légataires par dispositions séparées, qu'on appelle *disjuncti* ou *conjecti re tantùm*, sont vraiment chacun légataires purement et simplement de la chose léguée entière; lorsqu'un de ces colégataires ne concourt pas au legs avec l'autre, celui qui recueille seul le legs recueille la chose entière de son chef entièrement, et en rien du chef de son colégataire; le droit d'accroissement est à son égard un non décroissement plutôt qu'un accroissement; d'où il suit qu'il ne doit pas être tenu des charges imposées au colégataire dont la portion lui accroît, puisqu'il n'a point

cette portion du chef de ce colégataire, mais que c'est entièrement de son chef qu'il retient la chose entière; d'où il suit aussi qu'*accrescit invito*, puisqu'ayant entièrement de son chef la chose entière, il ne peut être en son pouvoir d'en accepter le legs pour partie et de le répudier pour partie.

Au contraire, lorsque le testateur a légué une chose à plusieurs colégataires par une même phrase, par une même disposition, la disposition faite au profit de ces légataires renferme par elle-même et *per se*, et non *ex accidenti* d'une autre disposition, l'obligation de partager la chose léguée en cas de concours des colégataires; il est vrai que le testateur n'ayant point assigné expressément de part à chacun, n'ayant point par conséquent limité à aucune part le legs qu'il faisoit à chacun d'eux, on peut dire en un sens qu'il a légué à chacun d'eux la chose entière, mais il n'a légué la chose entière à chacun d'eux qu'à défaut des autres; chacun n'est donc proprement légataire *ex personâ suâ* que de la portion virile, il tient le surplus du chef des autres dont les portions lui accroissent par leur défaut, et par conséquent il doit être tenu de toutes les charges imposées à ses colégataires, selon cette maxime que *qui alterius jure utitur eodem jure uti debet.*

De là il suit que cette espèce de colégataire ne doit avoir le droit d'accroissement qu'autant qu'il le voudra, *accrescit volentibus*, et qu'il peut se tenir à la part qu'il a de son chef.

Cette subtile distinction entre les différentes espèces de colégataires, par rapport au droit d'accroissement, n'est point, selon que l'enseigne Ricard, admise dans nos usages, et tout colégataire, soit qu'il soit conjoint *re et verbis*, soit qu'il soit conjoint *re tantùm*, est tenu des charges imposées à ses colégataires dont les portions lui accroissent, s'il veut user du droit d'accroissement, ce qui est à son choix.

CHAPITRE VII.

De l'interprétation des legs.

SECTION PREMIÈRE.

Règles générales sur l'interprétation des legs.

RÈGLE PREMIÈRE.

Les dernières volontés sont susceptibles d'une interprétation large, et on doit principalement s'attacher à découvrir quelle a été la volonté du testateur. *In testamentis pleniùs voluntates testantium interpretantur.* L. 12, ff. *de Reg. J. In ambiguis orationibus maximè sententia spectanda est ejus qui eas protulisset.* L. 96, ff. *de Reg. J.*

RÈGLE II.

Il ne faut pas néanmoins s'écarter de la signification propre des termes du testament, s'il n'y a de justes raisons de croire que le testateur les a entendus dans un autre sens que leur sens naturel : *non aliter à significatione verborum recedi oportet, quàm cùm manifestum est aliud sensisse testatorem.* L. 69, ff. *de leg.* 3o.

RÈGLE III.

Lorsqu'il y a de justes raisons de croire que le testateur a entendu les termes dont il s'est servi dans un autre sens que leur sens naturel, il faut les entendre dans le sens dans lequel il y a lieu de croire que le testateur les a entendus plutôt que dans leur sens naturel.

Ces justes raisons sont : 1o lorsque la disposition renfermeroit une contradiction si les termes étoient pris dans leur sens naturel. On peut apporter pour exemple des formules de substitution fidéicommissaire, dont se servent dans les testamens les notaires ignorans : *Je veux que la portion qu'un tel, mon neveu, aura dans ma succession, soit après sa mort substituée à ses enfans nés et à naître, en réservant seulement l'usufruit à mondit neveu.*

Il est clair que, dans cette formule, le terme d'usufruit n'est pas pris dans son sens naturel, c'est-à-dire pour un droit sé-

paré de la propriété qu'une personne a de jouir d'une chose; mais il est pris pour le droit de propriété grevé de substitution que le testateur a appelé improprement *usufruit*, parce que, de même que le droit d'usufruit s'éteint par la mort, de même le droit de propriété qu'a le grevé de substitution doit s'éteindre par la mort en sa personne s'il y a ouverture à la substitution, et passer en celle des substitués; si on l'entendoit autrement, la disposition impliqueroit contradiction; car le testateur ayant voulu, suivant qu'il paroît par le commencement, grever son neveu de substitution après sa mort, au profit des enfans de sondit neveu, de la portion qu'il aura dans la succession, c'est-à-dire, le charger de restituer après sa mort cette portion à sesdits enfans, car voilà ce que signifie substitution, il répugneroit qu'il n'eût pas jusqu'à sa mort la propriété de cette portion, et qu'il n'en eût que l'usufruit; car il ne pourroit pas la restituer après sa mort s'il ne l'avoit pas : c'est la décision de la loi 15, ff. *de aur. et arg. leg.* 2°. C'est encore une juste raison d'entendre les termes dont le testateur s'est servi dans un autre sens que leur sens naturel, puisque, s'ils étoient pris dans leur sens naturel, ils exprimeroient quelque chose que le testateur n'auroit pu ordonner ou auroit inutilement ordonné : *Cùm in testamento ambiguè aut etiam perperàm scriptum est, benignè interpretari et secundùm id quod credibile est cogitatum, credendum est.* L. 24, ff. *de reb. dub.*

Par exemple, si dans nos coutumes un testateur s'étoit exprimé ainsi : J'institue un tel mon héritier, le terme d'héritier dont il s'est servi ne doit pas s'entendre dans son sens naturel; car dans ce sens la disposition seroit inutile, puisque institution d'héritier n'a pas lieu dans nos coutumes, et qu'elles ne reconnoissent d'autres héritiers que ceux que la loi fait, et qu'il n'est point au pouvoir des testateurs de se faire des héritiers testamentaires; ce terme d'*héritier* dans cette disposition doit donc se prendre plutôt dans un sens impropre, pour légataire universel, qui est le sens dans lequel vraisemblablement le testateur l'a entendu.

Voici un autre exemple : si le testateur a fait un legs à un mineur que le testateur devoit connoître pour avoir déjà passé l'âge de pleine puberté, sous cette condition, lorsqu'il sera parvenu à la puberté, le terme de puberté ne doit pas s'entendre dans cette disposition dans le sens qu'il signifie, au-

trement le testateur auroit inutilement apposé cette condition; mais on doit prendre le terme de puberté pour l'âge de majorité, qui est le sens dans lequel il y a lieu de penser que le testateur l'a entendu : *si quis jam puberi, minori tamen viginti quinque annis sic legaverit, cùm ad pubertatem pervenerit, puto de ætate eum sensisse.* L. 50, §. 5, ff. *de leg.* 3°.

Il y a quantité d'autres exemples de cette règle rapportés *tit. de leg.* n. 150.

RÈGLE IV.

Une disposition doit s'entendre plutôt dans le sens selon lequel elle peut avoir effet, que dans le sens selon lequel elle ne pourroit en avoir aucun; par exemple, si quelqu'un a fait des donations par contrat de mariage à sa femme, et qu'il lui en ait fait aussi pendant le mariage, et qu'étant dans une coutume qui permet de donner aux femmes par testament et non pas entre-vifs, il se soit exprimé ainsi : *Je lègue à ma femme ce que je lui ai donné entre-vifs,* on doit entendre ces termes de ce que le testateur lui a donné par les donations qu'il lui a faites pendant le mariage, et qui sont nulles, et non de ce qu'il lui a donné par contrat de mariage; car le legs n'auroit aucun effet s'il s'entendoit de ces donations, puisque inutilement lègue-t-on à quelqu'un ce qu'on lui a valablement donné : c'est la décision de la loi 109, ff. *de leg.* 1°.

RÈGLE V.

Lorsqu'il ne paroît pas bien clairement par les termes dont le testateur s'est servi, ce qu'il a voulu léguer, on doit faire usage de toutes les circonstances qui peuvent servir à découvrir la volonté du testateur.

Par exemple, si j'ai légué à mon filleul une bourse de cent pièces de la monnoie qui aura cours, qui lui sera donnée le jour de ses noces; dans le doute de quelles pièces le testateur a entendu parler, si c'est de louis d'or, ou d'écus de six francs, ou d'écus de trois livres, ou d'autre moindre monnoie, il faudra examiner d'abord l'usage du testateur; car s'il étoit dans l'usage de son vivant de faire à ses filleuls du même état que le légataire, lors de leurs noces, un présent d'une bourse de pièces de monnoie, il sera présumé avoir entendu parler de la même espèce de monnoie dont il avoit coutume de faire présent de son vivant; à défaut de cette circonstance, l'usage du

pays doit entrer en considération; car, si ces espèces de présens sont en usage dans le pays, et qu'entre gens de pareil état ce soit ordinairement en des bourses de cent louis d'or que ces présens se font, le testateur sera présumé avoir entendu parler de bourses de cent louis d'or; la dignité de la personne du légataire, l'amitié que le testateur lui portoit, entrent aussi en considération; enfin les sommes qu'il a léguées à d'autres peuvent servir aussi à découvrir la volonté du testateur; car si par le même testament il a fait des legs à d'autres de ses filleuls de même état, d'une somme de 2,400 liv., de 2,500 liv., etc., on pourra en conclure que la bourse de cent pièces dont il a entendu parler, est une bourse de cent louis d'or. L. 50, §. *fin.* ff. *de leg.* 1o.

Un autre exemple : J'ai légué à quelqu'un la terre des Granges ou des Mazures, à son choix; j'avois réuni à celle des Granges plusieurs autres terres. Dans l'incertitude si c'est la terre entière des Granges ou l'ancien domaine de cette terre que j'ai voulu léguer, la conformité de la valeur de l'ancien domaine des Granges avec la terre des Mazures, dont j'ai donné le choix au légataire, est une circonstance qui sert à décider que je n'ai entendu parler que de l'ancien domaine. L. 1, ff. *de reb. dub.*

Ce que le testateur a exprimé du motif de son legs peut aussi entrer en considération pour juger du sens de la disposition lorsqu'il est ambigu. L. 41, ff. *de leg.* 3o.

Mais quand il est d'ailleurs clair, on ne doit point s'attacher à ce qu'a pu dire le testateur sur le motif de son legs. L. 4, ff. *de alim. leg.*

RÈGLE VI.

A défaut de circonstances sur la plus ou moins grande quantité de ce qui a été légué, on doit décider pour la moins grande, *semper in obscuris quod minimum est sequimur.* L. 9, ff. *de R. J.*

Par exemple, si quelqu'un a légué à un étranger une part telle qu'en auroit un de ses enfans dans ses biens; si ses enfans y ont des parts inégales, celle du légataire doit être mesurée sur celle de l'enfant qui aura la moindre part. L. 43, §. 1, ff. *de leg.* 2o.

Autre exemple : si le testateur avoit marqué qu'il réduisoit un légataire à qui il avoit fait différens legs à un seul de

ceux qu'il lui avoit faits, il seroit censé l'avoir réduit au moindre desdits legs, *sed quod magis est adeptum? ait posse dici exiguius esse præstandum.* L. 14, §. 1, *de leg.* 1o.

Cette règle cadre avec la précédente; car la cause d'un héritier étant plus favorable que celle d'un légataire étranger, c'est interpréter le legs dans le sens le plus favorable que de l'interpréter contre le légataire, et dans le sens qui décharge davantage l'héritier.

C'est pourquoi cette règle peut souffrir exception lorsque la personne du légataire est extrêmement favorable, *Arg.* leg. 38, §. 2, ff. *de aur. leg.*, ce qui doit avoir lieu lorsque les successeurs universels qui profiteroient de l'interprétation qui restreindroit le legs particulier sont des étrangers moins favorables que le légataire particulier. (*Voyez* L. 27, §. 1, ff. *de leg.* 3o.)

RÈGLE VII.

Ce n'est pas toujours celui par qui le testateur a marqué que la somme léguée seroit comptée, qui est grevé du legs, mais plutôt celui que le testateur a eu effectivement envie de grever.

Par exemple, si le testateur a légué ainsi : Je lègue à un tel une telle somme, que mon fermier d'un tel endroit lui paiera sur ses fermes; c'est l'héritier, et non pas le fermier, qui est réputé grevé du legs de cette somme, quoique le testateur eût aussi fait des legs à ce fermier. L. 27, §. *fin.* ff. *de leg.* 3o.

Voyez d'autres exemples au n. 155.

RÈGLE VIII.

Ce n'est pas toujours celui à qui le testateur a marqué que la somme léguée seroit comptée, qui est le légataire, mais c'est celui que le testateur a voulu gratifier.

Par exemple, s'il est dit dans un testament : Je veux qu'on paye à Pierre les 1000 écus pour lesquels il retient mon cousin Jacques en prison; il est évident que ce n'est pas Pierre qui est le légataire, mais Jacques : c'est pourquoi, si Jacques prédécède, le legs sera caduc; il y a une espèce semblable dans la loi 11, §. 22, ff. *de leg.* 3o. Et en général, toutes les fois qu'un testateur ordonne qu'on paiera à un créancier ce qui lui est dû par un tiers, le legs est plutôt censé fait au débiteur qu'au créancier; et pareillement, lorsque le testateur charge

quelqu'un de ses légataires de payer ce qu'il doit, cette disposition est censée faite plutôt au profit des autres successeurs du testateur, qui seroient tenus de cette dette, qu'au profit du créancier.

Cependant il peut y avoir des circonstances qui fassent présumer que le testateur, en ordonnant qu'on paieroit aux créanciers d'un tiers ce qui lui étoit dû par le tiers, a voulu gratifier non-seulement le débiteur, mais aussi le créancier qui avoit intérêt d'avoir un autre débiteur que le sien, qui n'étoit peut-être pas trop bon. L. 3, §. *fin.* et l. 4, ff. *de lib. leg.* Cela se présume par les relations d'amitié, et en ce cas l'un et l'autre sont légataires, et peuvent demander l'accomplissement du legs : c'est pourquoi le créancier même, dans le cas auquel le débiteur seroit prédécédé, peut demander que les héritiers du testateur lui paient sa dette ; mais en ce cas, comme le legs fait au débiteur est éteint par son prédécès, les héritiers du testateur pourront, en payant, se faire subroger aux actions du créancier, pour répéter la somme contre les héritiers du débiteur, ce qu'ils ne pourroient pas faire si le débiteur que le testateur a voulu libérer eût survécu et acquis le droit résultant du legs que le testateur a voulu lui faire.

Il y a plusieurs autres exemples de cas auxquels d'autres que la personne à qui le testateur a exprimé que la chose ou somme léguée est délivrée ou comptée, sont par les circonstances présumés en être légataires. (Voyez *tit. de leg.* depuis le n. 156 jusqu'au n. 164.)

RÈGLE IX.

Le legs général de toutes les choses d'une certaine matière renferme celles qui ne sont pas entièrement de cette matière, et dans lesquelles il entre quelque autre matière comme accessoire.

Par exemple, si quelqu'un avoit légué ses boîtes d'écaille, le legs comprendroit celles qui auroient des charnières ou des clous d'or ou d'argent. *Arg.* leg. 100, §. *fin.* ff. *de leg.* 3o.

Si quelqu'un a légué ses meubles de bois, le legs comprend non-seulement ceux qui ne sont composés que de bois, comme des tables, etc., mais ceux dont le bois fait la principale matière, quoiqu'il y en entre d'autres, comme des armoires dans lesquelles il entre des ferrures et fiches de fer, les chaises et les fauteuils, quoique garnis de tapisseries plus précieuses

que le bois qui en fait la principale matière, ce qui peut néanmoins dépendre des circonstances; mais ce legs ne comprendra pas les miroirs ni les tableaux, quoique encadrés de bois, parce que le cadre n'en est que l'accessoire.

RÈGLE X.

Lorsque le testateur, qui fait un legs général des choses d'une certaine espèce, exprime qu'il les lègue avec certaine chose qui en est accessoire, le legs renferme tant celles qui ont cet accessoire que celles qui ne l'ont pas.

Par exemple, si quelqu'un a légué le vin qui se trouve lors de son décès, avec les bouteilles dans lesquelles il seroit contenu, le legs renferme aussi celui qui seroit dans des tonneaux, des foudres qui font partie des bâtimens. L. 6, l. 15, ff. *de trit. vin. leg.*

Si quelqu'un avoit légué ses chevaux avec leurs équipages, le legs comprendroit même ceux qui n'ont point d'équipages.

La raison est que ce que le testateur a ajouté touchant les accessoires paroît plutôt ajouté dans la vue d'expliquer ou augmenter sa disposition, que dans la vue de la limiter.

RÈGLE XI.

Lorsque le testateur, par le legs général d'un genre de choses qui contient plusieurs espèces ou genres subalternes, a énoncé une ou deux de ces espèces, il n'est pas censé à la vérité avoir, par cette énonciation, voulu restreindre son legs à ces espèces, mais plutôt avoir voulu déclarer que les espèces qu'il a énoncées étoient renfermées sous ce genre, ayant pu croire qu'on en auroit pu douter; mais s'il a fait une énonciation détaillée de plusieurs espèces, il sera présumé avoir renfermé le legs dans ces seules espèces, à moins qu'il n'ait ajouté ces termes, *et autres*, ou bien, *etc.*

Cùm species ex abundanti per imperitiam enumerantur, generali legato non deregatur; si tamen species certi numeri demonstratæ fuerint, modus generi datus in his speciebus intelligitur. L. 9, ff. *de supell. leg.*

Par exemple, si quelqu'un avoit légué ainsi : Je lègue mes meubles d'une telle maison, la bibliothèque et l'argenterie qui s'y trouvera, il ne sera pas censé avoir restreint le legs général des meubles de cette maison à la bibliothèque et à l'ar-

genterie; l'énonciation de la bibliothèque et de l'argenterie paroît n'être faite que dans la vue de lever le doute que le testateur pensoit qu'il pouvoit y avoir si ces choses étoient comprises sous le terme générique de *meubles d'une maison.*

Mais s'il a légué ainsi : Je lègue les meubles d'une telle maison, lits, chaises, fauteuils, tapisseries, tables, coffres, armoires et batteries de cuisine; ce long détail dans lequel il est entré fait présumer qu'il a voulu expliquer tout ce qu'il a entendu comprendre par ce terme générique de *meubles d'une telle maison*, et le legs ne renfermera rien autre chose que les espèces exprimées, à moins qu'il n'ait ajouté un, *etc.*

RÈGLE XII.

Lorsque le testateur, par un legs général, énonce certaines choses particulières comprises sous une certaine espèce particulière ou genre subalterne, on en conclut qu'il n'a point entendu comprendre les autres choses de cette espèce particulière ou genre subalterne. L. 18, §. 11, ff. *de inst. vel. instr.*

Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi : Je lègue les meubles d'une telle maison, et le Dictionnaire de Morery qui y est; les autres livres, quoique compris sous l'appellation générale de meubles d'une telle maison, ne seront point compris dans ce legs; car s'il eût entendu les comprendre, il n'eût pas, par ce legs, légué en particulier le Dictionnaire de Morery.

RÈGLE XIII.

Un legs général ne renferme point les choses de ce genre qui n'appartenoient point au testateur.

Par exemple, si j'ai légué ma terre avec tous les meubles qui servent à son exploitation, je ne suis censé avoir légué que ceux qui m'appartiennent, et non ceux qui appartiennent à mes fermiers. L. 24, ff. *de inst. vel. instr.*

Que si rien des meubles de cette terre n'appartenoit au testateur, en ce cas il seroit censé avoir légué ce qui appartient à ses fermiers. *D.* l. 24.

RÈGLE XIV.

Un legs général ne renferme point non plus les choses comprises sous ce genre qui n'ont été acquises que depuis la mort du testateur, quoique par son ordre. L. 4, ff. *de aur. leg.*

RÈGLE XV.

Un legs général ne comprend pas les choses comprises sous ce genre qui ont été léguées en particulier à d'autres personnes.

C'est une suite de cette règle, *in toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est.* L. 80, ff. *de R. Jur.*

Par exemple, si j'ai légué à quelqu'un toutes les provisions de bouche qui se trouveront lors de ma mort, et que j'aie légué à un autre le vin qui se trouvera dans ma cave lors de ma mort, quoique ce vin soit compris sous ce terme général de *provision de bouche*, il ne sera point néanmoins compris dans le legs général, parce que le testateur en a disposé envers un autre. L. 22, ff. *de trit. vin. leg.*

Observez néanmoins que ce qui est compris dans une disposition particulière n'est excepté du legs général qu'autant que la disposition particulière seroit valable. L. *fin.*, §. *fin.*, ff. *de aur. leg.*

RÈGLE XVI.

Le legs d'une certaine rente viagère, ou d'une certaine somme une fois payée, fait en termes généraux à chacune des personnes comprises sous un certain genre, ne comprend pas celles qui étoient mal avec le testateur, ni celles à qui le testateur a légué en particulier.

Par exemple, si j'ai légué une certaine somme à chacun de mes domestiques qui sont à mon service, ou qui y ont été par le passé au moins trois ans; un domestique qui y auroit demeuré pendant ce temps et plus, mais que j'aurois chassé et que je n'aurois pas voulu voir depuis, ne seroit pas censé compris dans cette disposition. *Arg.* leg. 88, §. 11, ff. *de leg.* 2°.

Si j'ai légué à chacun de mes domestiques une certaine somme ou une certaine rente viagère, celui de mes domestiques à qui j'aurai légué en particulier quelque autre chose ne pourra pas prétendre être compris dans le legs général : cela néanmoins dépend des circonstances; car si celui à qui j'ai fait un legs particulier étoit un de ceux qui paroissent avoir le plus mérité mon affection, et que le legs que je lui ai fait en particulier fût moindre que celui que j'ai fait, par la disposition générale, à chacun de mes domestiques, il y auroit lieu de

présumer que je n'ai pas voulu, par le legs particulier, l'excepter du legs général. L. 19, §. 1, ff. *de alim. leg.*

RÈGLE XVII.

La recommandation particulière faite après un legs général de quelques personnes comprises sous une appellation générale, ne restreint pas le legs général aux seules personnes recommandées.

Par exemple, si j'ai légué 70 livres de pension viagère à chacun de mes domestiques, et que je dise ensuite : Je recommande à mes héritiers André et Martine que j'aime beaucoup; le legs que j'ai fait précédemment ne sera pas censé restreint, par cette recommandation, aux seuls André et Martine. *Arg.* leg. 5, ff. *de alim. leg.*

RÈGLE XVIII.

Dans les testamens, comme ailleurs, une disposition conçue au pluriel se distribue en plusieurs dispositions singulières.

Par exemple, si j'ai légué ainsi : Je lègue à Pierre et à Jacques une telle chose, s'ils sont à mon service lors de mon décès; quoique l'un d'eux ait quitté le service du testateur, le legs ne laissera pas d'être valable à l'égard de celui qui y sera demeuré; et cette disposition équipollé à celle-ci : Je lègue à Pierre telle chose, s'il est à mon service lors de mon décès; je lègue à Jacques telle chose, s'il est à mon service lors de mon décès. *Arg.* leg. 29, §. *fin.*, ff. *de leg.* 3°. L. 2, § 1., ff. *de cond. inst.*, et l. 33, §. *fin*, ff. *de cond. et demonst.*

Un autre exemple : si quelqu'un a légué ainsi : Je fais Pierre mon légataire universel pour moitié, et Paul pour l'autre moitié, et je leur substitue Jacques après leur mort; c'est comme s'il avoit dit : Je substitue Jacques à Pierre après sa mort, et à Paul après sa mort. *Arg.* leg. 78, §. 7, ff. *ad Senatusc. Trebell.*

Cette interprétation dépend néanmoins des circonstances, car le substitué ne recueillera les biens qu'après la mort du dernier décédé, s'il y a des circonstances qui fassent connoître quelle a été la volonté du testateur, comme dans l'espèce de la loi 34, ff. *de usuf. leg.*

RÈGLE XIX.

Ces termes, *mon héritier*, signifient tous mes héritiers. L. 43, ff. *de leg.* 2o. L. 98, ff. *de leg.* 3o.

RÈGLE XX.

Ces termes, *une telle chose*, signifient cette chose entière; ils signifient aussi la pleine propriété de cette chose.

Cette décision a lieu quand même l'usufruit de cette chose auroit été légué à un autre; c'est pourquoi, si quelqu'un a légué ainsi : Je lègue à Pierre ma maison de La Corne; je lègue à Paul l'usufruit de la maison de La Corne; le legs fait à Pierre ne laissera pas de renfermer la pleine propriété de cette maison, et en conséquence il concourra avec Paul dans l'usufruit. L. 19, ff. *de usuf. leg.*; l. 1, §. 17, ff. *ut leg. caus. cav.*

RÈGLE XXI.

Dans les testamens, comme ailleurs, ce qui est à la fin d'une phrase se rapporte à toute la phrase, et non pas ce qui précède immédiatement, pourvu néanmoins que cette fin de phrase se rapporte entièrement en genre et en nombre à toute la phrase.

Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi : Je lègue à mes domestiques mes provisions de bouche, à l'exception des bouteilles de vin qui sont à Paris : ces termes, *qui sont à Paris*, ne se rapportent pas seulement aux bouteilles de vin, mais à toute la phrase, et par conséquent il n'y aura de provisions de bouche comprises dans le legs que celles qui sont à Paris, et non celles qui sont ailleurs.

Il en seroit autrement s'il avoit légué ainsi : Je lègue mes provisions de bouche, à l'exception du vin qui est à Paris; car ces termes, *qui est à Paris*, n'étant pas concordans en genre avec ceux-ci, *mes provisions*, ne peuvent s'y rapporter, et ne restreignent point par conséquent le legs aux seules provisions qui sont à Paris. L. 8, ff. *de aur. leg.*

RÈGLE XXII.

Le genre masculin renferme ordinairement le féminin; mais le féminin ne comprend jamais le masculin.

Par exemple, lorsque, ayant des frères et des sœurs, je fais

un étranger légataire de mes biens, ou de quelque chose particulière, et que je le charge de restituer après sa mort ce que je lui laisse *à mes frères;* par ces termes, *frères*, je suis censé avoir compris mes sœurs. L. 93, §. 3, ff. *de leg.* 3o.

Si, n'ayant qu'un enfant, je lègue ainsi : Je fais mes légataires universels mon fils et les autres fils que je pourrai avoir par la suite, je suis censé avoir compris les filles sous ce terme de fils. L. 116, ff. *de verb. signif.* Au contraire, si je lègue à mes filles, mes fils ne seront pas compris dans ce legs. L. 45, ff. *de leg.* 2o.

Si quelqu'un lègue ses chevaux, ses mulets, ses moutons, les mules, les cavales et les brebis sont comprises dans le legs. L. 62, l. 5, §. 6, ff. *de leg.* 3o. Au contraire, si quelqu'un a légué ses cavales, ses brebis, les chevaux, les moutons, n'y seront point compris. *Exemplo pessimum est feminino vocabulo etiam masculos contineri.* L. 45, ff. *de leg.* 2o.

RÈGLE XXIII.

Une disposition conçue par termes du présent ou du passé ne s'étend pas à ce qui survient depuis.

Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi : Je lègue à Pierre ce qu'il me doit, ou ce que *je lui ai prêté*, le legs ne s'étend pas aux nouvelles dettes que Pierre auroit contractées depuis le testament envers le testateur. L. 28, §. 2, ff. *de lib. leg.*

Au reste, il suffit que la cause de la dette existât lors du testament, quoique le droit n'ait été ouvert que depuis.

Par exemple, si j'ai légué à mon débiteur d'une somme qui porte intérêt, ce qu'il me doit, le legs comprend les intérêts courus depuis le testament. L. 28, §. 6, l. 31, §. 4, ff. *de lib. leg.*

Cette règle souffre exception, 1o à l'égard du legs de choses qui sont de nature à se subroger les unes aux autres; car ce legs, quoique conçu par termes du présent ou du passé, comprend tout ce qui se trouve au jour de la mort, comme lorsque je lègue une métairie telle qu'elle est garnie, l. 19, l. 28, ff. *de instruct. vel. instr. leg.* l. 28, ff. *qui dies leg.;* un magasin et les marchandises qui y sont.

La règle souffre une seconde exception à l'égard de cette clause qui se trouve dans les legs, *autant que la loi me permet donner;* car, quoiqu'elle soit conçue par termes du

présent, néanmoins elle s'interprète de ce que le testateur peut donner au temps de sa mort. Par exemple, si, dans une coutume qui ne défend pas aux conjoints de se donner par testament, une femme ayant des enfans du premier mariage lors de son testament, lègue en ces termes : Je lègue à mon mari ce que les lois me permettent de lui donner; le legs sera valable pour le total, si lors de sa mort elle n'a plus d'enfans de son premier lit: *Arg.* leg. 51, ff. *de leg.* 2°.

La raison de cette exception est que les lois qui défendent de donner au-delà d'une certaine quantité, se référant au temps de la mort, la disposition par laquelle le testateur déclare se soumettre à cette loi doit s'y référer pareillement.

Une troisième exception est à l'égard de cette clause qui se trouve dans certains legs, Je veux qu'on donne à tels et à tels, tous les ans, pendant leur vie, ce que j'ai coutume, ou ce que j'avois coutume de leur donner pour leurs alimens, pour leurs étrennes, etc.; ces termes, ce que j'ai coutume, ou que j'avois coutume, *quæ vivus præstabam,* quoique termes du temps présent, ou du passé, du moins de l'imparfait, s'entendent de ce que le testateur aura eu coutume de leur donner, non au temps du testament, mais au temps qui aura précédé sa mort. L. 14, §. 2, ff. *de alim. leg.*

Une quatrième exception est à l'égard de la clause de prorogation, dont il sera parlé ci-après.

RÈGLE XXIV.

Une disposition conçue par termes du futur se réfère au temps de la mort du testateur.

Par exemple, si, dans les coutumes qui le permettent, j'ai légué à ma femme tous les bijoux et joyaux qui *seront* à son usage, ce legs conçu au futur renferme tous ceux qui se trouveront lors de ma mort; au lieu que si j'avois légué tous les bijoux qui *sont* à son usage, le legs ne renfermeroit que ceux qui étoient à son usage au temps du testament. L. 34, §. 1 et 2, ff. *de aur. leg.*

Quelquefois, pour obvier aux fraudes du légataire, on est obligé de restreindre un legs, quoique conçu au futur, à la quantité que le testateur avoit au temps du testament.

Par exemple, un épicier qui se reposoit de son commerce sur son facteur, a légué à ce facteur toutes les marchandises

d'une certaine espèce qui se trouveront; ce facteur, qui avoit connoissance du legs, a rempli les magasins de son maître d'une quantité beaucoup plus grande de marchandises de cette espèce que son maître n'avoit coutume d'en avoir; on doit restreindre le legs de ces marchandises à la quantité que le testateur avoit coutume d'en avoir lors du testament. L. 32, §. 3, ff. *de leg.* 2°. L. 34, §. 1, *de leg.* 3°.

RÈGLE XXV.

Une disposition qui, dans les termes qu'elle est conçue, n'exprime ni temps, ni passé, ni futur, se rapporte ordinairement au temps du testament.

Par exemple, si j'ai légué à quelqu'un mon argenterie, le legs ne comprend que celle que j'avois lors de mon testament, et non celle que j'aurois acquise depuis, *cùm dicit argentum meum, hâc demonstratione, meum, præsens, non futurum tempus ostendit.* L. 7, ff. *de aur. leg.*

Si j'ai légué à quelqu'un les journaux des savans depuis trois ans, on doit entendre que ce sont ceux depuis trois ans avant le testament, et non ceux depuis trois ans avant la mort du testateur. *Arg.* leg. 41, §. 4, ff. *de leg.* 3°, où il est dit que, si quelqu'un a légué cinq de ses esclaves, à les prendre parmi ceux au-dessous de sept ans, le legs doit s'entendre de ceux qui étoient au-dessous de sept ans au temps du testament.

La règle souffre exception à l'égard du legs de choses qui se subrogent les unes aux autres; car si cette espèce de legs se réfère au temps de la mort du testateur, quoique la disposition soit conçue en termes exprès du temps présent, et comprenne les choses qui se trouveront lors du décès, à plus forte raison doit-on le décider lorsque la disposition n'exprime aucun temps.

ARTICLE II.

Règles d'interprétation lorsque deux ou plusieurs dispositions se contredisent.

Lorsqu'un testateur a ordonné deux choses qui se contredisent, et qu'il a également persévéré dans l'une et l'autre de ses volontés, ou qu'on ne peut pas discerner quelle est celle dans laquelle il a persévéré, et celle à laquelle il a dérogé, l'une et l'autre se détruisent mutuellement et n'ont aucun ef-

fet : *ubi pugnantia inter se testamento jubentur, neutrum ratum est.* L. 188, ff. *de R. Jur.*

Ce qui est écrit en dernier lieu est présumé contenir la volonté en laquelle le testateur a persévéré, et contenir une dérogation à ce qu'il a écrit auparavant de contraire; *in testamentis novissimæ scripturæ valent.* L. 12, §. 3, ff. *de leg.* 1°.

Cette règle souffroit exception à l'égard de la liberté et de l'institution de l'héritier, lesquelles ne sont point de notre usage.

La règle souffroit une autre exception, lorsque le testateur, dans ce qu'il avoit ordonné en premier lieu, avoit ajouté une clause par laquelle il dérogeoit à ce qu'il pourroit par la suite ordonner de contraire; car, en ce cas, ce que le testateur ordonnoit de contraire en dernier lieu étoit de nul effet, à moins qu'il n'eût expressément dérogé à la clause dérogatoire contenue en la première disposition. L. 22, ff. *de leg.* 3°. L. 12, §. 3, ff. *de leg.* 1°.

Cette exception n'a pas lieu parmi nous, car l'ordonnance de 1735, art. 16, déclare nulles et de nul effet toutes les clauses dérogatoires : c'est pourquoi ce qui est écrit en dernier lieu déroge à ce qui a été écrit en premier lieu, nonobstant toutes les clauses dérogatoires ajoutées à ce qui a été écrit en premier lieu, et sans qu'il soit besoin de déroger expressément à ces clauses dérogatoires.

Lorsqu'un testateur, par un même testament, a légué deux ou plusieurs fois à la même personne une même somme, il est censé avoir fait cette répétition par inadvertance, et le légataire ne peut prétendre qu'une seule fois cette somme, à moins qu'il ne prouve que la volonté du testateur a été de multiplier le legs. L. 34, §. 3, ff. *de leg.* 1°.

Cette décision a lieu lorsque ce sont les mêmes personnes grevées de la prestation du legs, ou lorsque le testateur n'a pas exprimé qui il en grevoit, comme lorsqu'il a légué ainsi : Je lègue à Pierre 1000 livres, et qu'après quelques autres articles de son testament il a ajouté : Je lègue à Pierre 1000 livres; Pierre ne pourra prétendre qu'une seule fois 1000 liv.

Il en seroit autrement s'il avoit grevé différens héritiers par ses différentes dispositions, *putà* s'il avoit ainsi légué : Mon fils donnera à Pierre la somme de 1000 livres; et plus bas : Ma fille donnera à Pierre la somme de 1000 livres : en ce cas, le légataire auroit droit de demander à chacun 1000 livres. L. 44, §. 1, ff. *de leg.* 2°.

Lorsque ce n'est pas par le même testament, mais par différens testamens ou codicilles, que le testateur a légué à quelqu'un plusieurs fois la même somme, elle lui sera due plusieurs fois, quoiqu'il en ait grevé les mêmes héritiers, ou qu'il n'ait pas exprimé qui il en grevoit. L. 12, ff. *de prob.*

La raison de différence est que, s'étant passé un intervalle de temps depuis la première disposition, il n'est pas nécessaire de supposer que le legs a été répété par inadvertance, le légataire ayant pu mériter une nouvelle marque d'amitié et de reconnoissance de la part du testateur.

Lorsque le testateur a légué par un codicille postérieur une somme différente de celle qu'il avoit léguée par un testament ou codicile antérieur, la présomption est qu'il a voulu augmenter ou diminuer la somme portée par le testament ou codicille antérieur, et non pas qu'il ait voulu léguer les deux sommes. L. 18, ff. *de alim. leg.*

Cette décision a lieu lorsque les deux sommes sont léguées à la même personne. Il en seroit autrement s'il avoit légué une somme au père par son testament, ensuite par le codicille une autre somme aux enfans ou à la femme. L. 27, ff. *de leg.* 3o.

ARTICLE III.

Règles pour l'interprétation de certaines choses fréquentes dans les testamens.

§. I. De la clause d'exception.

Lorsque le testateur a fait un legs de ses biens, ou d'un certain genre de choses, à l'exception de certaines choses, la clause d'exception n'est valable qu'autant qu'on peut connoître quelles sont les choses que le testateur a voulu excepter. *Arg.* l. 36, ff. *de leg.* 1o.

Quand on les connoît, elle a son entier effet, quand même le legs se trouveroit par cette exception entièrement absorbé. Par exemple, si un homme qui avoit un grand nombre de chiens lègue à quelqu'un tous ses chiens, à l'exception de deux que son héritier retiendra à son choix, et qu'il n'en laisse que deux en mourant, ces deux seront exceptés du legs, quoiqu'il n'en reste aucun autre. L. 65, ff. *de leg.* 1o.

§. II. De la clause de prorogation.

On appelle *clause de prorogation* une clause générale par

laquelle le testateur accorde à ses héritiers un certain terme pour le paiement de ses legs; comme lorsqu'il dit : Mon héritier aura le terme d'un an pour acquitter les legs du présent testament; ou bien : Mes legs seront payables en trois termes, d'année en année.

Cette clause ne comprend que les legs d'une somme d'argent, ou d'une certaine quantité, comme tant de blé, tant de vin, et non pas les legs de corps certains. L. 30, *ppio.* et §. 6, ff. *de leg.* 1°.

Elle ne comprend que les legs qui sont faits sans terme et sans condition; car ceux que le testateur a faits sous un certain terme, ou sous une certaine condition, sont payables lors de ce terme ou de cette condition. D. l. 30, §. 3, 4 et 5. Le terme particulier qui leur est assigné déroge au terme général accordé pour le paiement des legs, suivant la maxime, *Generi per speciem derogatur.*

Cette clause ne comprend pas non plus les legs que le testateur a déclaré expressément devoir être acquittés incontinent après sa mort, *præsenti die.* D. l. 30, §. 2.

Elle ne comprend pas non plus les legs faits à un créancier de ce qui lui est dû, qui ne renferment d'autre avantage pour le légataire que l'avancement du paiement, et qui seroient entièrement inutiles s'ils n'étoient payables qu'à l'expiration du terme accordé par la clause générale. L. 4, ff. *de dot. prœleg.*

Cette clause, quoique conçue par terme du temps passé, comprend non-seulement les legs que le testateur a déjà faits, mais ceux qu'il fera depuis, soit par le même testament, soit par des codicilles postérieurs. L. 30, §. *fin.*, et l. 31, ff. *de leg.* 1°.

Observez sur les sens de cette clause que, lorsqu'il est dit que les legs seront payés en trois termes, d'année en année, cela doit s'entendre en paiemens égaux, à moins que le testateur n'ait déclaré le contraire. L. 3, *ppio.* et §. 1, ff. *de ann. leg.*

Que si le testateur a dit que l'héritier pourroit les payer en trois paiemens inégaux, sans exprimer de quelle portion de la somme léguée devroit être chaque paiement, le juge les arbitrera eu égard à l'état de la succession. D. l. 3, §. 2.

§. III. De la clause de répétition.

La clause de répétition est une clause par laquelle le testa-

teur répète au profit de quelqu'un le legs d'une somme ou d'une chose qui lui a été déjà fait, ou qu'il a fait à un autre.

Cette clause s'exprime par ces termes : De plus que cela, *hoc ampliùs*, ou par ceux-ci : *outre et par-dessus.*

Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi : Je lègue à Pierre une telle métairie, et à Paul, *outre et par-dessus cela,* la somme de 100 pistoles, il est censé, par ces termes, avoir répété au profit de Paul le legs de la métairie qu'il avoit fait à Pierre; c'est pourquoi Paul et Pierre concourront au legs de cette métairie. L. 13, ff. *de leg.* 3°.

Cette clause a quelquefois l'effet de rendre valable un legs qui étoit nul; *legata inutiliter data Papinianus putat confirmari per repetitionem.* L. 19, ff. *de leg.* 1°.

Par exemple, j'avois légué par mon testament à Pierre un héritage que je ne savois pas lui appartenir; le legs est nul : Pierre l'ayant depuis aliéné, je m'exprime ainsi par un codicille : Je lègue à Pierre cent pistoles de plus que je ne lui ai légué; ces termes, *de plus que,* contiennent une répétition du legs de l'héritage fait par le testament, et ce legs qui étoit nul devient valable par la répétition, parce qu'au temps du codicille qui le contient, l'héritage, n'appartenant plus au légataire, a pu lui être valablement légué.

Cette clause est quelquefois générale, comme lorsque le testateur s'exprime ainsi par un codicille : Je lègue à chacun de mes légataires, outre et par-dessus ce que je leur ai déjà légué, la somme de tant.

§. IV. De la clause d'augmentation de legs.

Lorsqu'un testateur, par un codicille, déclare qu'il lègue à tous ses légataires une fois autant qu'il leur a déjà légué, il est évident que cette clause ne comprend que les legs de sommes d'argent, ou de quantité, comme tant de vin, tant de blé, etc., et non pas les legs de corps certains.

Elle ne comprend pas non plus ceux par lesquels le testateur n'a fait qu'ordonner la restitution de ce qu'il devoit avant le terme. L. 88, §. 7, ff. *de leg.* 2°.

C'est une question sur l'effet de cette clause, si, lorsque l'un des legs étoit fait sous des charges, on devoit doubler la somme entière, ou seulement doubler celle qui reste après la déduction des charges. La loi 18, §. 3, ff. *de alim. leg.*, paroît

décider qu'on doit doubler la somme entière; cela doit beaucoup dépendre des circonstances.

ARTICLE IV.

Régles pour l'interprétation des différens noms employés par les testateurs pour désigner les choses qu'ils lèguent.

§. I. Interprétation de quelques noms à l'égard de legs d'immeubles.

Si j'ai légué *mes maisons d'Orléans*, le legs comprend celles que j'ai dans les faubourgs. L. 41, §. 6, ff. *de leg.* 3°.

Que si j'avois légué les maisons que j'ai dans la ville, il y auroit lieu de soutenir que celles des faubourgs n'y seroient pas comprises, pourvu qu'il y en eût au moins deux dans la ville, sur lesquelles pussent tomber cette expression. Cette décision est fondée sur la loi 2, ff. *de V. S.* qui dit : *Urbis appellatio muris Romæ continentibus ædificiis finitur.* Lorsqu'on dit la ville simplement, cela paroît dit par opposition aux faubourgs.

Que si je n'avois pas dit simplement, que j'ai dans la ville, mais que j'ai dans la ville d'Orléans, on pourroit peut-être dire que celles des faubourgs y sont comprises. *Arg.* l. 4, §. 4, ff. *de pen. leg.* qui dit : *Romam continentibus* (*finiri*), *et urbem Romam æquè continentibus.*

Si j'ai légué mes biens de ville, mes maisons de ville, je pense que celles des faubourgs y sont comprises; car maisons de ville se disent par opposition aux maisons de campagne, et comprennent celles des faubourgs.

§. II. Du legs des biens meubles, et du legs des meubles.

Lorsque je lègue mes biens meubles, ou mes effets mobiliers, ce legs comprend toutes les choses mobilières, tant incorporelles que corporelles, et généralement tout ce qui n'est point immeuble.

Mais lorsque je lègue mes meubles, le legs ne comprend que les choses qui servent à meubler mes maisons, soit à la ville, soit à la campagne; les marchandises, l'argent comptant, les billets, n'y sont pas compris.

§. III. Du legs d'une terre avec les meubles servant à son exploitation.

Lorsque j'ai légué une terre que je faisois valoir, avec les meubles qui *servent à son exploitation*, *fundum cum instru-*

mento, ce legs comprend toutes les choses qui servent à faire venir les fruits, à les recueillir et à les conserver, *ea quæ fructus cogendi, quærendi et conservandi gratiâ parata sunt;* l. 8, *de instruct. vel instr. leg.;* tels que sont les bestiaux qui servent à fumer les terres, les bœufs ou chevaux qui servent à les labourer ou à voiturer les fumiers et les fruits; les charrues, les charrettes, les herses et tous autres instrumens aratoires; les cuves, les tonneaux, les vans, les cribles, etc.

Ce legs comprend aussi les provisions pour la nourriture des valets et servantes employés pour l'exploitation de la terre, les marmites et autres ustensiles de cuisine, les meubles à leur usage. L. 12. L. 18, §. 3 et 9, ff. *de instr. vel. instrum. leg.*

Mais ce legs ne comprend pas ce qui est dans la terre pour l'usage de la personne du père de famille; *supellex, cæteraque, si qua in agro fuerunt quo instructior esset pater familias, instrumento fundi non continentur.* L. 12, §. 15.

§. IV. Du legs d'une terre ou d'une maison meublée.

Lorsque je lègue une terre toute garnie, *fundum ut instructus est,* le legs comprend non-seulement les meubles qui servent pour l'exploitation des métairies, mais il comprend aussi tous les meubles qui servent à meubler le château, et généralement tout ce qui y est pour l'usage du père de famille; *hoc legato, non agri instrumentum, sed proprium suum instrumentum reliquisse videtur.* L. 12, §. 27, *de instruct. vel instrum. Instructo continebuntur quæ ibi habuit ut instructior esset.* D. §.

Ce legs comprend donc, de même que le legs d'une maison garnie, non-seulement les meubles d'hôtel, qui servent à garnir les appartemens, comme lits, fauteuils, chaises, tapisseries, tableaux, tables, bureaux, armoires, batteries et ustensiles de cuisine; il comprend aussi l'argenterie, le linge de table, les draps, la garde-robe, les carrosses, chevaux; les provisions du ménage, tant pour la table du père de famille que pour celle de ses domestiques, tant de ceux qui sont employés auprès de sa personne que de ceux qui sont employés aux ouvrages de la campagne; et pour la nourriture des animaux, tant de ceux qui servent pour sa personne que de ceux qui servent à l'exploitation des terres; telles que sont les provisions de blé, avoine, pailles, foins, vins, vinaigre, sel, liqueurs, fruits, etc. *Si fundus sit instructus, legatus et supellex*

continebitur, et vestis non solùm stragula, sed et quid ibi uti solebat..... Aurum et argentum, vina quoque, si quæ ibi fuerint usûs ipsius causâ, et si quid aliud ustensilium. D. l. 12, §. 28.

Les livres sont aussi compris dans le legs d'une terre meublée, ou d'une maison de ville meublée, quoique quelques jurisconsultes en eussent douté. D. l. 12, §. 34 et 43.

Mais les blés, vins, foins et autres fruits qui n'étoient point destinés pour la provision du père de famille, mais étoient destinés à être vendus, ne sont point compris dans ce legs; *fructus ibi repositos ut venirent instructo non contineri.* D. l. 12, §. 30.

Les choses qui sont comme en réserve, et qui ne servent ni à meubler les appartemens, ni à l'usage du père de famille, ne sont point non plus comprises dans ce legs : *imagines hæ solæ videntur quæ in aliquo ornatu villæ fuerunt, sed si qua eò congesserat non usûs sui causâ, sed custodiæ gratiâ, non continebuntur.* D. l. 12, §. 36 et 29.

Les choses même qui servent à l'usage du père de famille ne sont comprises dans ce legs que lorsqu'elles y sont pour y être consommées ou pour y rester, et non pas celles qui y sont transportées pour y être seulement pendant le temps d'un séjour passager que le père de famille y fait; *fundo sicut instructus est legato, omnia quæ vel ut ipse pater familias cùm ibi ageret, vel ut fundus esset instructus, non temporis causâ in eo habuit, relicta esse juris auctoritate definitum est.* L. 2, *cod. de V. S.*

C'est pourquoi ce que nous avons dit, que l'argenterie, la garde-robe et autres choses qui servent à l'usage du père de famille étoient comprises dans le legs qui est fait de la terre, telle qu'elle est garnie, ne doit s'entendre que des choses de cette espèce qui sont dans cette espèce pour y rester, et non pas de celles qui y sont transportées pour y être seulement pendant le temps d'un séjour passager que le père de famille y fait, et qu'on remporte quand on s'en retourne.

§. V. Du legs des choses qui sont dans un tel lieu.

Lorsque le testateur a légué sa terre, sa maison et tout ce qui y est, le legs renferme les choses qui y sont pour y rester.

Celles qui y sont pour rester y sont comprises, quoiqu'au temps de la mort du testateur elles ne s'y soient pas trouvées,

le testateur les ayant envoyées ailleurs pour quelque temps à dessein de les y faire revenir; et au contraire celles qui s'y sont trouvées au temps de la mort n'y sont pas comprises, si elles n'y étoient pas pour rester, mais seulement pour un temps; *rebus quæ in fundo sunt legatis, accedunt etiam ea quæ non sunt, si esse solent; nec quæ casu ibi fuerint legata existimantur.* L. 78, §. 7, ff. *de leg.* 3o.

Par exemple, si un testateur qui a légué une telle terre, ou une telle maison et ce qui y est, avoit prêté quelques livres ou quelque autre chose qui avoit coutume d'être en sa maison, ou l'avoit mise en dépôt pendant un voyage, ou mise en gage, de telle manière que la chose ne se trouvât pas lors de sa mort dans cette maison, cette chose ne laissera pas d'être comprise au legs, comme le décide fort bien Labéon, contre le sentiment d'Ofilius. L. 39, §. 1, ff. *de aur. leg.*

Vice versâ, les choses qui seront trouvées dans cette terre, ou dans cette maison, lors de l'échéance du legs, ne seront pas comprises au legs, si elles n'y étoient pas pour y rester; par exemple, les bestiaux d'une autre terre, qui n'étoient dans celle-ci que pour y séjourner.

Suivant le même principe, les choses que le testateur avoit dans cette terre, ou dans cette maison, pour les vendre quand il en trouveroit l'occasion favorable, tels que sont les blés, les vins de ses récoltes, à l'exception de ce qu'il a coutume d'en garder pour sa provision, et généralement toutes espèces de marchandises, ne sont point comprises dans ce legs. L. 32, §. 2 et 3, ff. *de usuf. leg.*

Par la même raison, l'argent comptant qui s'y trouve n'est point compris dans le legs, parce qu'il n'y étoit que pour en sortir à mesure que le testateur auroit occasion de le dépenser. L. 41, §. 6. L. 44. L. 92, §. 1, ff. *de leg.* 3o.

A l'égard des dettes actives dont les billets et cédules se seroient trouvés dans la maison, il est évident qu'elles ne sont point comprises dans ce legs, car les billets et cédules n'en sont que l'instrument probatoire; ces choses sont en elles-mêmes quelque chose d'incorporel qui ne peut être en aucun lieu. L. 18, §. *fin.* ff. *de inst. vel instrum. D.* l. 41, §. 6.

§. VI. Du legs de l'argenterie.

Lorsqu'un testateur a légué à quelqu'un son argenterie, si, comme je le pense, notre terme françois *argenterie* répond à

celui d'*argentum factum*, ce legs comprend seulement la vaisselle d'argent; *Q. Mucius scribit argentum factum vas argenteum videri esse*, l. 27, ff. *de aur. leg.*; c'est-à-dire tout ce qui sert pour la table, plats, assiettes, cuillères, fourchettes, couteaux, bassins, salières, chandeliers, réchauds, etc.

Les autres meubles d'argent n'y sont pas compris, comme une table d'argent, des lustres et bras d'argent, un foyer d'argent, de petites statues d'argent. *Lectum argenteum, vel si qua alia argentea supellex fuit, argenti appellatione non continetur, si numero argenti habita non est, nec candelabra, vel sigilla quæ in domo reposita sunt.* L. 19, §. 8, *de aur. leg.*

Tout ce qui fait partie des bijoux ou de la toilette, quoique d'argent, n'est point compris non plus sous le terme d'argenterie, ni les médailles, encore moins l'argent monnoyé; *argentum factum rectè quis definierit quod nec in massâ, nec in laminâ, nec in signato, nec in supellectili, nec in mundo, nec in ornamentis insit. D.* l. 27, §. 6.

S'il paroissoit néanmoins que le testateur eût réputé dans son argenterie quelques-unes des choses que nous avons dit n'y être pas comprises, elles y seroient comprises; c'est pourquoi la loi ci-dessus citée dit, *si numero argenti habita non est.*

§. VII. Du legs de la garde-robe, de la toilette, des bijoux.

Lorsqu'une personne lègue sa garde-robe, ce legs comprend tout ce qui sert à nous vêtir; ce legs comprend toutes sortes de vêtemens tant pour le jour que pour la nuit, les chemises comme les vêtemens extérieurs, ce qui sert pour la chaussure et la coîffure; en quoi le legs de la garde-robe a plus d'étendue parmi nous que le legs *vestimentorum*, qui ne comprenoit pas la chaussure. L. 25, §. 4, ff. *de aur. leg.*

Les gants, les manchons, les manteaux, les parapluies, les parosols, paroissent aussi devoir y être compris.

Le legs de la garde-robe comprend non-seulement les habits ordinaires, mais les habits de masques, *vestis appellatione et scenica continetur*, l. 127, ff. *de V. S.*; et les habits de cérémonie, comme une robe rouge, une fourrure; les habits de chœur d'un ecclésiastique, comme l'aumusse.

Ce legs ne comprend pas les pierreries, les anneaux, pendans d'oreilles, colliers, brasselets, ornemens de tête, et autres choses semblables, qui servent plutôt à parer qu'à vêtir.

Il ne comprend pas les chasubles, les aubes, etc., ces choses faisant partie de la chapelle plutôt que de la garde-robe.

La toilette ne fait pas non plus partie du legs de la garde-robe; les choses qui composent la toilette d'une femme composent une espèce particulière de meubles, qui peut répondre à ce que les Romains appeloient *mundus muliebris*, *de quo vid. tit. de aur. leg.*, art. 2. On connoît assez ce qui compose et fait partie de la toilette des femmes, il n'est pas besoin ici de le détailler.

Les bijoux font aussi une espèce particulière de meubles; elle a plus d'étendue qu'*ornamenta muliebria* chez les Romains, car le legs que fait une femme de ses bijoux ne comprend pas seulement les choses qui servent à sa parure, tels que sont les colliers, pendans d'oreilles, brasselets, anneaux, pierreries, ornemens de tête, rubans, etc.; il comprend aussi les montres, tabatières, petites boîtes, bourses, petites statues, etc.; il ne doit pas comprendre ce qui fait partie de la toilette, car la toilette comprend une espèce particulière.

Un homme peut aussi léguer ses bijoux.

§. VIII. Du legs des provisions de ménage ou de maison.

Ce legs a rapport à celui dont il est traité au titre du digeste *de penu legatâ*; il comprend toutes les provisions que le testateur avoit, tant pour son usage que pour celui de ses domestiques, ses chevaux et autres animaux qu'il peut avoir à son service; comme le blé, le vin, le vinaigre, l'huile, le sel, le foin, l'avoine, la paille, le sucre, les confitures, les épiceries, *et passìm tit. de pen. leg.*

Le bois, le charbon, la chandelle, les bougies, y sont aussi compris. L. 3, §. 9, ff. *de pen. leg.* Quelques jurisconsultes, néanmoins, en avoient douté, parce qu'on définit ordinairement *penus quæ esui potuique sunt.*

Les vins et autres liquides, qui ne peuvent être sans les barils et tonneaux qui les renferment, entraînent avec eux les barils et les tonneaux où ils sont renfermés. L. 4, ff. *de pen. leg.*

Les coffres, boîtes, paniers, qui renferment les autres provisions, ne sont pas compris dans ce legs, encore moins les ustensiles de cuisine. L. 3, § 11. L. 6, ff. *d. tit.*

Ce legs comprend non-seulement les choses qui se sont trouvées dans la maison du testateur lorsqu'il est mort, mais

même de celles qu'il avoit ailleurs, et qui néanmoins étoient destinées pour sa provision. L. 4, §. 5; l. 7, ff. *d. tit.*

Lorsque le testateur se servoit pour son ménage du blé, du vin, et autres marchandises semblables qu'il avoit à vendre, sans avoir séparé ce qu'il destinoit pour sa provision de ce qu'il destinoit pour vendre, on doit prendre sur le total la quantité qu'il avoit coutume de dépenser pour sa maison dans une année. D. l. 4, §. 2.

Observez aussi que ce legs ne comprend pas les provisions pour les serviteurs et animaux employés pour l'exploitation des terres du père de famille, mais seulement de ceux employés au service de sa personne. L. 3, §. 6 et 7, ff. *h. tit.*

§. IX. Du legs des meubles d'hôtel, ou meubles meublans.

Les meubles d'hôtel, ou meubles meublans, ont rapport à ce que les Romains appeloient *supellex :* c'est pourquoi, lorsque quelqu'un a légué ses meubles d'hôtel, ses meubles meublans, ou même simplement ses meubles, je pense que ce legs comprend tout ce qui est nécessaire à garnir une maison pour l'usage ordinaire du père de famille, à l'exception des choses qui appartiennent à quelque autre genre particulier de meubles; *supellectilis eas res esse puto quæ ad usum communem patris familiæ paratæ essent, quæ nomen sui generis separatum non haberent.* L. 6, ff. *de supell. leg.*

C'est pourquoi ce legs doit comprendre les lits, chaises, fauteuils, tapisseries, tapis, miroirs, tables, bureaux, armoires, lustres, foyers, batterie de cuisine, vaisselle d'étain et de faïence, porcelaine, cristaux de table, linge de table. L. 3, *ppio.*, § 1, 3, 4, 5, ff. *d. tit.*

L'argenterie, les provisions du ménage, la garde-robe, la toilette, les bijoux, n'y sont point compris, car ces choses sont d'autres genres particuliers de meubles. L. 1; l. 7, §. 1, ff. *d. tit.*

La bibliothèque n'y est point comprise. L. 3, §. 2.

Les chevaux et équipages, et autres animaux, ne sont point non plus compris dans ce legs, l. 2, *d. tit.*, ni tout ce qui sert pour les voyages, comme les malles, valises, etc.

§. X. Du legs d'une certaine somme par chacun an.

Lorsque le testateur a légué à quelqu'un une certaine somme d'argent par chacun an pendant sa vie, selon les lois romaines, cette disposition contient autant de legs que de sommes qui

doivent être payées par chacun an de la vie du légataire, dont le premier échoit lors de la mort du testateur, et chacun des autres au commencement de chaque année, après la précédente révolue ; de manière qu'il suffit que le légataire ait vécu le premier jour, pour qu'il transmette dans sa succession le legs de la somme entière qui doit être payée pour cette année ; *si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale si vivat.* L. 4, ff. *de ann. leg. Sed utrùm initio cujusque anni an finito anno cedat... Labeo et Sabinus... in omnibus quæ in annos singulos relinquuntur, hoc probaverunt, ut initio cujusque anni hujus legati dies cederet.* L. 12, §. 1, ff. *qu. di. leg. ced.*

Je ne pense pas que cette décision soit suivie parmi nous ; et lorsqu'un testateur a légué à quelqu'un une certaine somme par chacun an, ce legs est le legs d'une pension viagère dont la somme qui est léguée par chacun an se distribue en autant de parties qu'il y a de jours dans chaque année, et qui échoit chaque jour : c'est pourquoi, lorsque le légataire meurt, il ne transmet de cette pension dans sa succession que ce qui en a couru jusqu'au jour de sa mort.

Lorsque le testateur a légué une certaine somme par chacun an pendant un certain nombre limité d'années, par exemple pendant dix ans, il est censé n'avoir fait qu'un seul legs distribué en plusieurs paiemens partiels, d'année en année, pour la commodité du grevé : c'est pourquoi, si le légataire meurt pendant ce temps ; il transmet dans sa succession la somme entière qui devoit être payée pendant ce temps ; il en seroit autrement si le testateur avoit marqué qu'il lui léguoit ces sommes pour ses alimens, ou qu'il parût par les circonstances que telle étoit la volonté du testateur. L. 20 ; l. 26, §. 2, ff. *qu. dies leg. cedat.* C'est pourquoi, dans ce cas, le légataire ne transmettra dans sa succession que ce qui en aura couru jusqu'au jour de sa mort.

Lorsqu'on a légué à quelqu'un une somme pendant qu'il vivra, sans ajouter que ce seroit par chacun an, on peut douter si c'est d'une seule somme une fois payée que le testateur a entendu parler, comme l'avoit pensé Labéon, ou d'une rente viagère de cette somme ; il est plus probable que c'est d'une rente viagère, ces termes, pendant qu'il vivra, *donec vivat,* présentent ce sens. L. 17, ff. *de ann. leg.*

FIN DU TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES.

TRAITÉ

DES

DONATIONS ENTRE-VIFS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Nous n'admettons dans le droit françois que deux formes de disposer de nos biens à titre gratuit, la donation entre-vifs et la testamentaire (Ordonnance de 1731, art. 3).

La donation entre-vifs est une convention par laquelle une personne, par libéralité, se dessaisit irrévocablement de quelque chose au profit d'une autre personne qui l'accepte.

Les donations entre-vifs sont ou directes ou fidéicommissaires; elles sont directes lorsqu'elles se font sans l'interposition d'une personne tierce; elles sont fidéicommissaires lorsqu'elles sont faites par l'interposition d'un premier donataire, qui est chargé de restituer les choses données au second. Nous avons parlé de cette dernière espèce au traité des substitutions.

La donation entre-vifs est du droit des gens; nos lois civiles l'ont assujettie à certaines formes. Nous traiterons d'abord :

1° Des personnes qui peuvent donner, à qui on peut donner, et des choses qui peuvent être données;

2° Des formes des donations entre-vifs, et par quels actes elles doivent être faites;

3° De l'effet des donations entre-vifs, et des cas auxquels elles peuvent être révoquées, ou souffrir un retranchement.

SECTION PREMIÈRE.

Des personnes qui peuvent donner, à qui on peut donner, et des choses qui peuvent être données.

ARTICLE PREMIER.

Des personnes qui peuvent donner entre-vifs.

La donation entre-vifs étant du droit des gens, il s'ensuit que les personnes qui jouissent du droit des gens, quoiqu'elles ne jouissent pas du droit civil, peuvent donner entre-vifs. C'est pourquoi les aubains peuvent donner entre-vifs, quoiqu'ils ne puissent pas le faire par testament. La raison de différence est que le testament appartient en entier au droit civil : le droit de tester ne peut, par conséquent, appartenir qu'aux citoyens pour qui la loi civile est faite; au lieu que la donation entre-vifs étant une convention, elle est, comme nous l'avons dit, du droit des gens, auquel les aubains participent.

Si les religieux ne peuvent donner, ce n'est pas parce qu'ils sont privés des droits civils; mais c'est que, ne pouvant rien avoir, ils n'ont rien qu'ils puissent donner.

Ceux qui, étant hors du cloître, ont un pécule, peuvent disposer par donation entre-vifs des effets de leur pécule.

Les femmes mariées étant inhabiles à faire quoi que ce soit si elles ne sont autorisées par leurs maris, elles ne peuvent, sans autorisation de leurs maris, donner entre-vifs; mais elles le peuvent avec son autorisation.

Les mineurs de vingt-cinq ans ne peuvent donner entre-vifs, parce que la loi civile les prive, à cause de l'infirmité de leur âge, de la disposition de leurs biens.

S'ils étoient émancipés soit par le mariage, soit par lettres, ils pourroient donner entre-vifs des effets mobiliers, l'émancipation leur donnant le droit de disposer de ces sortes de choses; mais ils ne pourroient donner aucun immeuble, toute aliénation de leurs immeubles leur étant interdite.

Il est évident que les insensés ne peuvent donner, puisque la donation renferme un consentement dont ils ne sont pas capables. Cela a lieu quoique l'insensé ne fût pas interdit par sentence lors de la donation qu'il auroit faite; mais en ce cas

c'est à ceux qui l'attaqueroient à justifier qu'au temps de la donation le donateur n'avoit pas l'usage de la raison.

Il en est autrement du prodigue ; il n'est pas par lui-même incapable de donner, puisque, ayant l'usage de la raison, il est capable de consentement. Ce n'est que par la sentence du juge, qui, en le privant de l'administration et de l'aliénation de son bien, le rend incapable de donner ; d'où il suit que les donations qu'il auroit faites avant cette sentence, quoiqu'il méritât lors l'interdiction, sont valables.

Si un interdit pour cause de démence avoit recouvré la raison, et qu'il eût fait depuis une donation, avant néanmoins que d'avoir été relevé par sentence, la donation seroit-elle valable? Ricard dit qu'oui. La loi première, ff. *de curat. furioso*, semble autoriser son sentiment ; car en parlant des fous et des furieux, elle dit : *Tamdiù erunt ambo in curatione quamdiù vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit. Quod si evenerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum.*

Cet auteur conclut de ces mots, *ipso jure*, que l'interdit qui a recouvré la raison recouvre de plein droit, et sans qu'il soit besoin d'une sentence du juge qui le relève, la faculté de disposer de ses biens ; et, en conséquence, il pense que le donataire peut défendre la donation qui lui a été faite, en justifiant que le donateur, lors de la donation, avoit recouvré la raison. Je pense qu'il seroit dangereux d'admettre en ce cas un donataire à la preuve d'un pareil fait, et que le donateur qu'on prétend avoir recouvré la raison doit demeurer sous l'interdiction jusqu'à ce qu'il se soit fait relever. En cela il ne souffre aucun tort, puisque, ne tenant qu'à lui de faire constater au juge du recouvrement de sa raison, il doit s'imputer s'il ne l'a pas fait. Quant à la loi première, ff. *de curat. furioso*, où il est dit : *Ipso jure desinunt esse in curatione*, Wissembach, *ad hunc titulum*, remarque que cela doit s'entendre avec cette limitation : *ita tamen ut priùs judici de receptâ mentis sanitate, aut sanis moribus constare fecerint.*

Un sourd et muet qui ne sait pas écrire ne peut donner des signes certains de sa volonté, d'où il suit qu'il est dans le cas de l'interdiction, et par conséquent qu'il ne peut donner entre-vifs. Il en est autrement de celui qui est seulement sourd ou muet.

Un malade de la maladie dont il meurt par la suite, cesse

d'être capable de donner entre-vifs dès que sa maladie se déclare avoir un trait prochain à la mort. Les coutumes de Paris, art. 277, et d'Orléans, art. 297, en ont des dispositions. Elles disent que « toutes donations, encore qu'elles soient » conçues entre-vifs, faites par personnes gisant au lit ma- » lades de la maladie dont elles décèdent, sont réputées faites » à cause de mort, et testamentaires et non entre-vifs. »

La raison de ces dispositions est que les donations faites par personnes qui sont en cet état ne peuvent plus avoir le caractère de libéralité propre aux donations entre-vifs, lequel consiste à préférer pour les choses données le donataire à soi-même. *Qui inter vivos donat, mavult donatarium habere quàm se.* Elles n'ont que celui des donations pour cause de mort, qui consiste à préférer le donataire, non pas à soi, mais à tout autre. *Qui donat mortis causâ, mavult se habere quàm donatarium, donatarium autem magis quàm suum hæredem.* En effet on ne peut pas dire, à proprement parler, qu'un donateur qui se voit toucher à sa fin préfère le donataire à lui-même, lorsqu'il lui donne une chose qu'il ne peut plus conserver et que la mort lui va enlever.

Ces dispositions de coutumes auroient-elles lieu si le donateur avoit expressément déclaré par l'acte de donation que son intention étoit que la donation eût le même effet que s'il eût donné en pleine santé, et qu'il avoit volonté de donner quand même il pourroit compter sur une longue vie? Il faut dire que la donation n'en seroit pas moins pour cause de mort, parce qu'une personne s'abuse elle-même quand elle est dans cet état; et quoiqu'elle pense alors qu'elle donneroit également si elle étoit en santé, il ne s'ensuit nullement qu'elle auroit la même volonté si elle y étoit effectivement. Quelques protestations que fasse alors le donateur, il ne peut plus être censé préférer le donataire à lui-même dans une chose qu'il ne peut plus conserver, et par conséquent sa donation ne peut plus avoir le caractère de donation entre-vifs, et être une vraie donation entre-vifs, en quelques termes qu'elle soit conçue. Tel paroît être l'esprit de nos coutumes, qui est en cela différent du droit romain, suivant lequel un mourant ne laissoit pas de donner entre-vifs. *Ita ut moriens magis quàm mortis causâ donasse videretur.*

Il suit de ces principes que, pour que les dispositions des coutumes aient lieu, il faut que deux choses concourent

touchant la maladie et le temps auquel la donation a été faite.

1° Il faut que dans le temps auquel la donation a été faite la maladie fût dès-lors déclarée mortelle.

Que si la donation a été faite dans le commencement d'une maladie qui paroissoit peu dangereuse, quoique depuis, ayant empiré, elle ait conduit le donateur au tombeau, la donation ne sera pas réputée faite pour cause de mort, puisque elle a été faite dans un temps où le donateur ne croyoit pas mourir

2° Il ne suffit pas que la maladie fût, lors de la donation, une maladie déclarée mortelle, il faut encore qu'elle eût trait à une mort prochaine. Que si la maladie, lors de la donation, étoit mortelle de sa nature, mais quelle n'eût trait qu'à une mort éloignée, et n'empêchât pas le donateur de pouvoir encore espérer plusieurs années de vie, telle qu'est, par exemple, une pulmonie qui n'est pas encore parvenue à un certain période; en ce cas, la donation ne sera pas réputée pour cause de mort, car on ne peut pas dire en ce cas que le donateur n'a donné la chose que parce qu'il ne pouvoit plus la conserver.

Quelques coutumes déterminent un temps dans lequel il faut que la mort soit arrivée, pour que la maladie soit censée avoir eu un trait prochain à la mort, et pour que la donation soit par conséquent réputée pour cause de mort. Par exemple, dans la coutume de Normandie, il faut que le donateur soit mort dans les quarante jours; à Montargis, il faut qu'il soit mort dans les trente jours. Ces coutumes doivent être renfermées dans leur territoire; mais dans celles qui n'ont pas déterminé le temps, comme sont celles de Paris et la nôtre, il est laissé à l'arbitrage du juge, qui doit juger, par les circonstances autant que par le temps que le donateur a vécu depuis sa donation, si la maladie avoit un trait prochain à la mort.

Dans cette variété de coutumes, dont les unes fixent le temps à trente, les autres à quarante jours, les autres le laissent à l'arbitrage du juge, c'est celle où les biens sont situés qui doit décider; car les statuts qui n'ont pas pour objet l'état des personnes, mais le droit ou la manière de disposer des choses, sont des statuts réels qui exercent leur empire sur toutes les choses situées en leur territoire, et non sur aucune autre, selon la nature des statuts réels.

Si les choses données étoient des effets mobiliers ou des rentes

constituées, comme ces choses n'ont pas de situation, c'est pour lors la coutumé qui régit la personne du donateur, c'est-à-dire celle de son domicile, qui doit décider.

Les coutumes de Paris et d'Orléans parlent de *personnes gisantes au lit* : la donation en seroit-elle moins réputée pour cause de mort, parce que le donateur, lors de sa donation, auroit été dans son fauteuil, si d'ailleurs, dès ce temps, la maladie avoit un trait prochain à la mort? Sans doute qu'elle n'en seroit pas moins réputée pour cause de mort, car c'est sur le trait prochain à la mort qu'est fondée la raison de la coutume, et non sur la circonstance si le donateur étoit gisant au lit ou non, cette circonstance étant par elle-même fort indifférente à la raison de la loi. Si la coutume l'a exprimée, elle ne l'a fait que pour exprimer la grièveté de la maladie qu'elle exigeoit, et non comme une condition de sa disposition qui dût être littéralement observée. Il y a de certaines maladies qui ne permettent pas au malade de garder le lit, comme par exemple l'hydropisie. Certainement la donation faite par un hydropique dans les derniers périodes de sa maladie et peu de jours avant sa mort, n'en sera pas moins réputée pour cause de mort parce qu'il étoit dans son fauteuil.

Il y a plus de difficulté sur la question de savoir si, la coutume ayant parlé de la maladie dont le donateur décède, une donation entre-vifs, et faite par un malade dans un temps où on désespéroit de sa vie, et qui néanmoins, contre toute attente, a été guéri, doit être réputée pour cause de mort, et si en conséquence le donateur, revenu en santé, la peut révoquer. La lettre de la coutume paroît décider pour la négative; mais je pense avec Duplessis que, si on prend bien son esprit, on doit au contraire décider pour l'affirmative. En effet, une donation faite par un malade qui est mort par la suite de sa maladie étoit dès ce temps, et avant que la mort fût survenue, non une donation entre-vifs, mais une donation pour cause de mort. Si elle n'eût pas été telle dès lors, la mort qui est survenue depuis n'auroit pu la rendre telle et changer sa nature; car la nature d'un acte se forme lorsque l'acte se contracte, et ne peut pas dépendre de ce qui arrive par la suite. Si on admet, comme on ne peut refuser de l'admettre, que la donation étoit pour cause de mort dès avant que la mort fût survenue, je demande qui est-ce qui la rendroit telle? Ce ne pouvoit être la mort qui la rendoit telle, puisqu'elle n'étoit

pas encore arrivée; mais c'étoit la persuasion de la proximité de cette mort qui faisoit regarder au donateur les choses qu'il donnoit comme des choses qu'il ne pouvoit plus conserver. Si, dans l'hypothèse où le donateur est mort, ce n'est pas précisément la mort qui depuis est survenue, mais plutôt la persuasion de la proximité de cette mort, qui a donné à la donation pour cause de mort ce caractère, on doit décider pareillement dans l'hypothèse présente que la donation est pour cause de mort, quoique le donateur, contre toute attente, ne soit pas mort; puisque ce n'est pas précisément la mort qui donne à la donation ce caractère, mais la persuasion de la mort, qui s'est trouvée également dans cette hypothèse comme dans la précédente.

Les termes des coutumes de Paris et d'Orléans, *de la maladie dont ils décèdent*, ne doivent pas être pris littéralement et doivent être entendus d'une maladie qui ne laisse pas d'espérance de guérison. La coutume de Nivernois l'exprime bien plus exactement; elle porte, « de la maladie dont il meurt » après, ou de maladie vraisemblablement dangereuse de » mort. »

Quoiqu'une donation faite dans une maladie dangereuse soit réputée pour cause de mort, et qu'en conséquence le donateur revenu en convalescence puisse la révoquer, néanmoins si, depuis la convalescence, il l'a laissée subsister pendant un temps très-considérable, ce long silence peut la faire présumer entre-vifs. Il y a lieu de dire que le donateur, quoique dangereusement malade, étoit dans la disposition de donner la chose à son donataire, quand même il pourroit la garder, et que la circonstance de sa maladie n'a pas été le motif principal de sa donation, l'événement ayant justifié cette disposition, puisqu'il ne l'a pas révoquée quand il a eu recouvré la santé.

Il reste à observer que ces donations que les coutumes réputent pour cause de mort, sont absolument nulles, et ne sont même pas valables pour ce dont il est permis de disposer pour cause de mort. Il n'y a plus lieu d'en douter depuis l'ordonnance de 1731, qui porte, art. 4, « que toute donation entre- » vifs qui ne seroit pas valable en cette qualité, ne pourra » valoir comme donation à cause de mort ou testamentaire, » de quelque formalité qu'elle soit revêtue. » En effet, étant essentiel aux dispositions testamentaires d'être l'acte pur de la volonté du testateur, toute donation conçue entre-vifs, et faite

par forme de convention entre le donateur et le donataire, manque de ce qu'il y a de plus essentiel à la forme des dispositions testamentaires, et par conséquent, de quelques autres formalités qu'elle soit revêtue, elle ne peut valoir comme disposition testamentaire; et, comme par l'article précédent l'ordonnance n'admet aucune autre disposition pour cause de mort, il s'ensuit que ces donations qui ne peuvent valoir ni comme donations entre-vifs, ni comme testamentaires, sont absolument nulles. Ce sentiment, suivi par l'ordonnance, étoit dès avant elle le plus autorisé. Ricard en rapporte deux arrêts; c'étoit le sentiment de Lalande et de plusieurs autres jurisconsultes.

La jurisprudence a étendu, suivant l'avis de Dumoulin et Coquille, la disposition de ces coutumes aux donations faites par un novice, et les répute pareillement pour cause de mort, quoique conçues entre-vifs; et elles sont par conséquent nulles. Il y en a un arrêt dans Soefve, §. 449.

Il y a même raison, on peut même dire qu'il y a une plus forte raison de décider ainsi dans le cas présent; car l'amour de la vie fait souvent que le malade espère la guérison contre toute espérance; au lieu que le novice qui souhaite faire profession ne doute pas qu'il va quitter le siècle, et par conséquent que les biens qu'il donne sont des biens qu'il ne peut plus conserver, ce qui donne à sa donation le caractère de donation pour cause de mort encore plus qu'à celle faite par un malade.

De même que la donation faite par un malade de la vie duquel on désespéroit, ne laisse pas, suivant l'opinion que nous avons embrassée, d'être réputée pour cause de mort, quoique, contre toute attente, il ait recouvré la santé; de même on peut dire que la donation faite par un novice ne laisse pas d'être réputée donation pour cause de mort, quoique depuis il ait quitté l'habit; car il suffit que, lors de la donation, il ait donné dans la persuasion qu'il devoit faire profession, quoique des accidens imprévus l'aient fait depuis changer de volonté.

On a demandé si la donation faite par un accusé de crime capital, pendant l'accusation, doit être réputée faite pour cause de mort, lorsque le donateur est mort avant le jugement. Il faut dire que non; car, si l'innocence doit se présumer plutôt que le crime, le donateur qui est mort depuis, pendant l'accusation, doit être présumé innocent : s'il est présumé innocent, on ne doit pas croire qu'il a fait sa donation dans la persuasion

qu'il seroit condamné, et qu'il ne pourroit plus long-temps conserver les choses par lui données; car une personne qu'on suppose innocente doit être, par le témoignage que lui rend sa conscience, plutôt persuadée de son absolution que de sa condamnation. Il y auroit plus de difficulté si la donation avoit été faite depuis une condamnation capitale, et que le donateur fût mort pendant l'appel. Néanmoins on devroit encore en ce cas le présumer innocent, et ses héritiers qui attaqueroient la donation auroient mauvaise grâce, et ne seroient pas recevables à le supposer coupable. Mais, en le supposant innocent, ne pourroit-on pas présumer que l'erreur des témoins qui auroient déposé contre lui, et la sentence intervenue sur cette erreur, l'auroient tellement découragé, quoique innocent, qu'il désespérât de son absolution, et qu'en conséquence un homme dans ces circonstances ait donné ses biens, dans la persuasion qu'il ne pourroit les conserver et qu'il seroit condamné, ignorant qu'il n'étoit pas permis d'en disposer en fraude de la confiscation. Cela doit beaucoup dépendre des circonstances : il y auroit d'autant plus lieu de le présumer, si la donation étoit considérable et faite sans réserve d'usufruit. On ne devroit pas au contraire présumer cette intention, si la donation étoit modique ou faite avec réserve d'usufruit.

Si le donateur, depuis la donation, a été absous, on présumera encore plus difficilement qu'il ait donné dans la persuasion qu'il seroit condamné, et par conséquent la donation sera encore plus difficilement réputée pour cause de mort. Néanmoins, s'il avoit donné tout son bien, ou la plus grande partie, sans la réserve d'usufruit, il y auroit lieu de présumer que le trouble, la frayeur, le découragement dans lequel même un innocent peut tomber, auroient donné lieu à la donation, et sa cause seroit très-favorable s'il demandoit sous ce prétexte la révocation de sa donation.

Si le donateur a été depuis condamné, la donation ne sera pas valable par une autre raison, qui est qu'un accusé ne peut donner en fraude de la confiscation.

On a agité la question si la disposition des coutumes devoit être étendue aux donations faites à la veille d'un grand danger, comme par un homme qui est sur le point de se faire tailler. Je pense que non; car ce n'est pas la crainte seule du danger de la mort, mais c'est la persuasion qu'on n'en échappera point, qui, selon l'esprit des coutumes, ôte aux donations le caractère

de donations entre-vifs, en empêchant qu'on ne puisse dire que le donateur préfère le donataire à soi-même, à l'égard des choses qu'il sait ne pouvoir plus conserver. Or une personne qui va se faire tailler n'est pas dans ces circonstances, elle est au contraire présumée prendre ce parti dans l'espérance de la guérison, et non pas par le motif de finir une vie douloureuse; car ce motif étant contraire au droit naturel, qui nous ordonne la conservation de notre vie, on ne doit pas le présumer.

On doit décider par la même raison qu'une femme dans sa grossesse, quelque voisine qu'elle soit du terme, n'est pas incapable de donner entre-vifs; car, quoiqu'elle coure un danger notable de mort, elle conserve une parfaite santé, et espère une heureuse délivrance, et par conséquent elle ne regarde pas les choses qu'elle donne comme des choses qu'elle ne pouvoit plus conserver; il en seroit autrement si, lors de la donation, la grossesse se trouvoit accompagnée d'accidens extraordinaires qui conduisissent la femme au tombeau.

Un homme, quelqu'âgé qu'il soit, fût-il centenaire, n'est pas incapable de donner, tant qu'il n'est pas malade; car, quoiqu'il ne puisse pas espérer une vie longue, il espère toujours au moins quelques années de vie, et est souvent autant et plus attaché à ses biens, qu'il espère conserver pendant le reste de sa carrière, que ne le seroit un jeune homme. C'est pourquoi il est vrai de dire que, lorsqu'il donne, il préfère le donataire à soi-même, et par conséquent il peut faire des donations qui aient le caractère de donation entre-vifs.

ARTICLE II.

Des personnes qui sont capables ou incapables de recevoir des donations entre-vifs.

§. I. Des étrangers.

Non-seulement les François, mais les étrangers, sont capables de recevoir des donations entre-vifs; et en cela les donations diffèrent des legs, et la différence est fondée sur ce que les donations entre-vifs sont du droit des gens, auquel les étrangers participent, au lieu que les legs sont du droit civil, qui n'est fait que pour les citoyens.

§. II. Des mineurs et interdits.

Les mineurs et interdits, quoiqu'ils ne puissent faire de

donations, sont néanmoins capables d'en recevoir, et ils n'ont pas besoin pour cela de l'autorité de leurs tuteurs et curateurs; car l'interdiction sous laquelle ils sont, et la nécessité de l'autorisation de leurs tuteurs et curateurs n'étant requise que pour leur subvenir et empêcher qu'ils ne dissipent ce qui leur appartient, cette interdiction et le défaut de cette autorisation ne doivent pas les empêcher d'acquérir et de faire leur condition meilleure en acceptant les donations qui leur sont faites. De là la maxime de droit : *Pupillus sine tutoris auctoritate meliorem suam conditionem facere potest.*

Il y a plus de difficulté à l'égard des fous et des enfans, parce que la donation entre-vifs, étant une convention, demande le consentement du donataire; or ces personnes, n'ayant pas l'usage de la raison, ne sont pas capables de donner leur consentement.

Il ne faut pourtant pas en conclure que ces personnes sont incapables de recevoir des donations entre-vifs, mais seulement qu'elles ne peuvent les accepter par elles-mêmes; mais elles peuvent être acceptées par les personnes de leurs tuteurs ou curateurs, dont l'acceptation tient lieu de la leur, ainsi que nous le verrons en la section suivante, à l'article de l'acceptation.

A l'égard des femmes mariées, elles ne sont pas plus capables de recevoir des donations sans l'acceptation et l'autorisation de leurs maris, que d'en faire, n'étant habiles à rien sans cela; en quoi elles diffèrent des mineurs; et la raison de différence est que le mineur n'a besoin de l'autorisation de son tuteur que pour son intérêt, au lieu que l'autorisation du mari n'est pas requise pour l'intérêt de la femme, mais pour une raison toute différente, parce que la dépendance où elle est de son mari la rend inhabile à quelque acte que ce soit si elle n'est autorisée.

§. III. Des religieux.

Les religieux étant par leurs vœux de pauvreté incapables de rien posséder, sont par conséquent incapables de recevoir par donation. Néanmoins, ceux qui sont hors du cloître, étant dans la nécessité d'avoir un pécule pour leur subsistance, peuvent recevoir des donations de choses mobilières; mais leurs vœux de pauvreté qui subsistent les rendent incapables de posséder des immeubles, et par conséquent de recevoir des donations d'immeubles.

§. IV. Des communautés.

Les communautés et établissemens qui ne sont pas érigés par lettres-patentes du roi, enregistrées au parlement dans le ressort duquel est l'établissement, sont défendus, suivant l'art. 1er de la déclaration de 1749, qui n'a fait en cela que confirmer les anciennes lois du royaume, et par conséquent sont incapables d'aucune donation, et les biens qui leur auroient été donnés peuvent être revendiqués par les enfans et héritiers présomptifs des donateurs, suivant les articles 9 et 10 de ladite déclaration, et même, à défaut d'héritiers qui les revendiquent, par les seigneurs dont lesdits biens dépendent, qui en demeureront propriétaires incommutables si les héritiers ne les réclament dans l'an du jour que les seigneurs en auront été mis en possession; art. 11.

Il y a néanmoins quelques établissemens, tels que les écoles de charité, et autres mentionnés en l'article 3, qui n'ont pas besoin de lettres-patentes, et qui sont capables de recevoir des donations. Au reste, ces sortes d'établissemens, ainsi que ceux qui sont confirmés par lettres-patentes, et généralement tous gens de main-morte, sont bien capables de recevoir des donations, mais seulement de choses qu'il leur est permis d'acquérir; mais leur étant défendu d'acquérir aucun héritage et rentes constituées, il s'ensuit qu'ils sont incapables de recevoir des donations de pareilles choses; ils peuvent seulement acquérir des rentes sur le roi et sur les communautés.

Il y a certains couvens, tels que ceux des capucins et récollets, etc., qui sont incapables d'acquérir et de recevoir par donation même ces sortes de choses, à cause d'une profession de pauvreté particulière; ils peuvent néanmoins recevoir des donations de choses mobilières et de sommes d'argent modiques.

§. V. Des maris et femmes, et des héritiers présomptifs.

Les maris sont incapables de recevoir durant le mariage aucune donation entre-vifs de leurs femmes, et les femmes de leurs maris. Les lois en rapportent plusieurs raisons, et notamment les lois 1 et 2, ff. *de donat. inter vir. et uxor.* dont voici les termes : *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusâ erga se facilitate. Nec esset eis stu-*

dium, liberos potiùs educendi. Sextus Cœcilius et illam causam adjiciebat : quia sæpè futurum esset ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset; atque eâ ratione eventurum ut venalicia essent matrimonia. Add. l. 3, ff. *eod.*

Il faut excepter de cette règle les donations mutuelles, dans le cas auquel les coutumes les permettent.

Avant le mariage un homme est capable, ainsi que toute autre personne, de recevoir par le contrat de mariage des donations entre-vifs de sa future femme, et la femme est capable d'en recevoir de son futur mari.

L'édit des secondes noces a néanmoins apporté quelques limitations à cette règle.

Non-seulement un mari est incapable de recevoir aucunes donations entre-vifs de sa femme durant le mariage, et la femme de son mari, mais les enfans que l'un d'eux a d'un précédent mariage sont pareillement incapables de recevoir, durant le mariage, aucunes donations de l'autre conjoint. Il y en a un arrêt de réglement de la grand'chambre, du 15 février 1729, rendu en la coutume de Senlis. La raison est que les coutumes défendent aux conjoints de s'avantager directement ni indirectement. Or on peut dire que ma femme m'avantage en quelque façon indirectement lorsque elle donne à mes enfans; car, comme nous ne travaillons et n'acquérons que dans la vue de transmettre nos biens à nos enfans, ce qu'on leur donne est censé donné à nous-mêmes. D'ailleurs, les raisons qu'a eues le roi de défendre les donations entre maris et femmes se trouveroient éludées, s'il étoit permis de donner aux enfans de son mari ou aux enfans de sa femme, car, ne pouvant marquer mon amour pour ma femme en lui donnant à elle-même, je le lui pourrois marquer en donnant à ses enfans; ce qu'elle ne pourroit demander pour elle-même, elle le demanderoit pour ses enfans; et ainsi il arriveroit également, *ut mutuo amore se spoliarent, ut pretio emeretur maritalis concordia;* ce que les lois ont voulu empêcher.

Au reste, les arrêts de réglement n'ont décidé la question que pour les coutumes qui n'ont pas à ce sujet de disposition; mais, dans la coutume de Paris, qui porte : « Ne peuvent les » conjoints donner aux enfans de l'un l'autre d'un premier » mariage, au cas qu'ils ou l'un d'eux aient des enfans, » il n'est défendu qu'au conjoint qui a des enfans de donner aux enfans d'un précédent mariage de l'autre. Celui qui n'en a

point peut leur donner. C'est l'interprétation suivie par les commentateurs.

Laurière a tenté néanmoins d'en donner une autre, et il pense qu'il est défendu par cet article indistinctement de donner aux enfans d'un précédent lit de l'autre conjoint.

La prohibition de donner aux enfans de l'autre conjoint ne s'étend pas aux collatéraux, quoique héritiers présomptifs du donateur.

Il y en a un arrêt dans Soefve, qui a confirmé une donation faite par un mari au frère de sa femme.

Dans les coutumes d'égalité, les héritiers présomptifs ne peuvent recevoir des donations au préjudice des parts de ceux qui sont appelés avec eux à la succession du donateur.

Nous renvoyons ceci au traité des successions, au chapitre du rapport.

§. VI. Des concubines et des bâtards.

Les concubines sont incapables de recevoir des donations. Quelques coutumes en ont des dispositions, comme Tours, le Grand-Perche; ce qui doit être pareillement observé ailleurs, et on l'a ainsi jugé.

La raison en est que le concubinage est contraire aux bonnes mœurs. Il est bien différent parmi nous de celui des Romains, qui étoit un vrai mariage, et qui ne différoit du mariage civil qu'en ce qu'il n'avoit pas certains effets civils, mais qui d'ailleurs étoit un vrai mariage, sinon autorisé, au moins permis expressément par les lois. *Concubinatus à lege nomen assumpsit.* Mais nos lois n'admettant d'autres mariages que ceux faits avec les solennités requises pour ce contrat, il s'ensuit que le concubinage, n'étant pas parmi nous un mariage, ne peut être regardé que comme une union contraire aux bonnes mœurs; d'où il suit que tout ce qui sert à fomenter et entretenir cette union, comme sont les donations entre concubinaires, doit être réputé comme contraire aux bonnes mœurs, et par conséquent non valable.

Ajoutez que la raison qui a fait défendre les donations entre personnes mariées, *ne mutuo amore se spoliarent*, milite en plus forts termes à l'égard de ces sortes de personnes, l'amour qui naît des unions illégitimes étant ordinairement plus violent que celui qui naît d'une union légitime. On peut encore ici appliquer les raisons sur lesquelles est fondée la prohibi-

tion de donner à certaines personnes, à cause de l'empire qu'elles ont sur l'esprit du donateur. Car qui a plus d'empire sur l'esprit d'un homme qu'une concubine? les histoires en fournissent une infinité d'exemples, tel que celui de Dalila à l'égard de Samson, et celui des concubines du roi Salomon.

Les héritiers du donateur doivent être admis après sa mort à la preuve de ce concubinage avec la donataire; car en vain ces donations seroient-elles défendues si la preuve du concubinage n'étoit pas admise. Il y a un arrêt dans Soefve qui les y admet. Le juge néanmoins doit à cet égard user de circonspection.

Les concubines ne sont pas néanmoins tellement incapables de donations qu'elles ne puissent en recevoir de modiques pour cause d'aliment, et même lorsqu'on leur en a fait de considérables l'usage est de ne les pas déclarer entièrement nulles, mais de les réduire à des sommes modiques, ou à des pensions alimentaires.

Les bâtards adultérins et incestueux étoient, par le droit romain, incapables de toutes donations et legs, et même d'alimens. Par notre droit, ils sont capables de donations et legs d'alimens, mais incapables de toute autre donation. A l'égard des autres bâtards, ils sont incapables seulement de donations universelles; mais ils sont capables de donations de choses particulières, quoique considérables. Ricard pense que l'incapacité des bâtards adultérins et incestueux doit être étendue aux enfans de ces bâtards, tant parce qu'ils sortent d'une source infecte, que parce que ce seroit indirectement donner à leurs pères que de leur donner. Cette dernière raison n'a d'application que lorsque leur père vit.

§. VII. Des juges, officiers et ministres de justice.

Suivant les lois romaines, il étoit défendu aux magistrats romains qui gouvernoient les provinces, de recevoir aucunes donations, si ce n'est des choses qui se mangent et se boivent, et encore il falloit que la quantité ne fût pas au-delà de ce qui peut se consommer en peu de temps. *Plebiscito continetur, ut ne quis præsidum munus, donum caperet, nisi esculentum, potulentumve, quod intra dies proximos prodigatur.* L. 18, ff. *de offic. præsid.*

Par l'ordonnance de Philippe le Long de l'an 1320, il est défendu aux baillis et sénéchaux, à leurs femmes, leurs parens

et leurs commensaux, de recevoir, dans leurs provinces, pendant le temps de leur administration, aucunes donations, si ce n'est des choses qui se mangent et se boivent; en sorte que la valeur de ces sortes de choses, pour ce qu'ils en recevront, n'excède pas dans une semaine la valeur de dix sols parisis.

Cette incapacité n'a eu lieu que dans les temps où les officiers n'étoient envoyés que pour un temps dans les provinces. Depuis que les offices ont été rendus perpétuels, il auroit été trop dur qu'un officier eût été perpétuellement privé du droit qu'ont les citoyens de recevoir des donations; c'est pourquoi leur incapacité a été limitée à ne pouvoir recevoir des donations seulement des personnes qui ont des procès devant eux. C'est ce que porte l'ordonnance d'Orléans, art. 43, qui défend aux juges, avocats et procureurs du roi, de recevoir des parties plaidantes aucun présent, tel petit qu'il soit, même des vivres, à l'exception seulement du gibier pris dans les terres des princes et seigneurs qui le donnent.

La même ordonnance, article suivant, défend aux mêmes personnes d'accepter gages ou pensions des seigneurs et dames du royaume, ni de prendre bénéfices des évêques, abbés et autres collateurs étant dans leur ressort, ni pour eux, ni pour leurs enfans, parens et domestiques.

Les mêmes défenses sont faites par l'ordonnance de Moulins, art. 19 et 20. Celle d'Orléans ne parle que des juges royaux; celle de Moulins fait ces défenses indéfiniment à tous les juges.

L'art. 114 de l'ordonnance de Blois défend en général à tous officiers de recevoir de ceux qui auroient affaire à eux, aucuns dons et présens, sous peine de concussion.

Duret, en ses remarques sur cet article, prétend qu'il déroge tacitement à l'exception faite par l'ordonnance d'Orléans, qui permettoit aux juges de recevoir des princes et seigneurs du gibier pris dans leurs forêts. Je ne pense pas néanmoins qu'on puisse regarder comme concussionnaire un juge qui auroit reçu un pareil présent, qui ne coûte rien à celui qui le donne, et qui n'enrichit pas celui qui le reçoit; ce n'est pas, à proprement parler, un don, mais une politesse que ce prince ou ce seigneur fait, et le juge qui l'accepte doit être présumé l'accepter, non par cupidité, mais par respect pour celui qui le donne.

Il est défendu pareillement aux clercs des greffes de recevoir

des parties aucunes choses, quand elles leur seroient volontairement offertes, à peine de punition exemplaire à leur égard, et de privation d'office pour le greffier qui l'auroit souffert. (Ordonnance d'Orléans, art. 77.)

La même ordonnance, art. 79, fait de pareilles défenses aux substituts du procureur du roi.

Il est aussi défendu par la même ordonnance aux élus, receveurs et autres officiers des tailles, de recevoir des sujets du roi aucun don, soit en argent, gibier, volaille, etc.

§. VIII. Des tuteurs, administrateurs et autres, qui sont incapables de recevoir des donations des personnes sur l'esprit desquelles on présume qu'ils ont trop de pouvoir.

L'ordonnance de 1539, art. 131, déclare nulles toutes les donations entre-vifs et testamentaires faites au profit des tuteurs et autres administrateurs.

L'ordonnance de 1549 ajoute, ou à toutes personnes par eux interposées.

La coutume de Paris, conformément à ces dispositions, dit, art. 276, que les mineurs et autres sous la puissance d'autrui ne peuvent donner ni tester, directement ni indirectement, au profit de leurs tuteurs, curateurs, pédagogues ou autres administrateurs, ou aux enfans desdits administrateurs, pendant le temps de leur administration, et jusqu'à ce qu'ils aient rendu leur compte.

Elle en excepte néanmoins les ascendans, qui auroient eu la tutelle de leurs enfans, pourvu qu'ils ne soient pas remariés.

Il suit de cet article de la coutume de Paris, qui doit être regardé comme la véritable interprétation de l'ordonnance :

1º Que les administrateurs que l'ordonnance rend incapables de recevoir des donations et legs, ne sont que ceux qui ont quelque puissance sur la personne ou les biens des donateurs, ce qui résulte des termes de cette coutume, *et autres personnes étant sous la puissance d'autrui*. Un maître peut donc donner à son intendant quoiqu'il soit administrateur de ses biens, car cet intendant n'a pas autorité sur son maître, c'est plutôt son maître qui a autorité sur lui.

Il en est de même de toutes les autres personnes qui administrent nos biens en vertu d'une procuration que nous leur avons donnée et que nous pouvons révoquer quand il nous plaît.

2º Un conseil de tutelle, un subrogé tuteur ou tuteur aux

actions contraires, un curateur aux causes, n'ayant pas l'administration de la personne ni des biens du mineur, ne sont pas compris dans la prohibition de l'ordonnance, qui ne parle que des tuteurs ou curateurs qui sont administrateurs de la personne ou des biens du mineur, ainsi qu'il résulte des termes ci-dessus cités de la coutume de Paris, interprète en ce point de l'ordonnance.

Si néanmoins l'objet de la commission du subrogé tuteur étoit de nature à lui donner un pouvoir considérable sur les mineurs, il pourroit être compris dans la prohibition.

Je ne pense pas qu'il en soit de même d'un tuteur honoraire qui, quoiqu'il n'administre pas les biens qui sont administrés par un tuteur onéraire, a néanmoins le gouvernement de la personne du mineur. Car c'est principalement à cause du gouvernement sur la personne du mineur, plutôt encore que de celui des biens du mineur, qu'un tuteur est incapable de recevoir des donations entre-vifs ou par testament.

Au reste, comme il n'a aucun compte à rendre, le mineur, qui ne peut pas tester à son profit, peut, aussitôt qu'il est devenu majeur, lui donner entre-vifs.

3° Quoique l'ordonnance ait parlé indistinctement des tuteurs et administrateurs, sans en excepter aucun, néanmoins la coutume de Paris, par une interprétation tirée de l'esprit de l'ordonnance, quoique en apparence contraire à la généralité de ces termes, en a excepté les ascendans qui ont la tutelle et administration de leurs enfans. La raison sur laquelle est fondée cette interprétation, qui n'a pas été reçue d'abord, mais qui enfin a prévalu, même dans les coutumes qui n'en ont pas des dispositions, est que la piété paternelle exclut dans ces personnes tout soupçon qu'elles aient voulu gêner la volonté de leurs enfans en extorquant d'eux des donations ou legs, le vœu naturel des pères étant plutôt de transmettre et faire passer leurs biens à leurs enfans, que de chercher à se faire passer les biens de leurs enfans.

D'ailleurs, comme l'observe Ricard, si l'autorité qu'un père a sur ses enfans le rendoit incapable de recevoir des donations de ses enfans, cette autorité n'étant pas bornée à un certain temps, comme celle d'un tuteur, et durant toujours, il s'ensuivroit qu'un père seroit perpétuellement incapable de recevoir des donations de ses enfans.

Néanmoins, comme les seconds mariages ont coutume de di-

minuer l'affection paternelle, la coutume n'excepte que les parens qui ne sont pas remariés.

Cette exception en faveur des ascendans ne doit pas être étendue aux collatéraux qui seroient héritiers présomptifs de ceux dont ils auroient le gouvernement et l'administration.

4° La coutume donne encore une interprétation favorable à l'ordonnance, en décidant que cette incapacité des tuteurs et administrateurs dure même après la majorité, et la tutelle finie, jusqu'à ce que le compte ait été rendu, parce que le tuteur qui n'a pas encore rendu compte, tenant en sa possession le bien du mineur, le tient par là encore indirectement sous sa puissance.

Cette interprétation est conforme aux lois romaines, qui, ayant défendu le mariage entre le tuteur, le curateur et sa mineure, à cause de la puissance qu'ils ont sur elle, décide que cette prohibition a lieu même après la majorité, jusqu'à ce que le tuteur ou curateur soit entièrement quitte du compte qu'il doit rendre de son administration.

L'incapacité cesse-t-elle lorsque le tuteur a rendu compte, s'il n'en a pas payé le reliquat? On peut alléguer contre le tuteur plusieurs textes de droit au titre *de conditionib. et demonst.* qui décident que la condition de rendre compte renferme celle de payer le reliquat. Je ne pense pas néanmoins que le paiement du reliquat soit absolument nécessaire pour faire cesser l'incapacité. Car, le mineur étant pleinement instruit de tous ses droits par le compte qui lui a été rendu, et demeurant seulement créancier d'une somme liquide de son tuteur, qu'il peut exiger de lui comme d'un autre débiteur, il cesse dès lors d'être dans la dépendance de son tuteur; ce qui suffit pour faire cesser l'incapacité du ci-devant tuteur, qui n'étoit fondée que sur cette raison. Autrement il faudroit dire que tous créanciers sont dans la dépendance de leurs débiteurs, et que tous débiteurs sont incapables de recevoir des donations de leurs créanciers; ce qui est tout-à-fait absurde.

Il y en a pourtant qui pensent que l'incapacité subsiste jusqu'au paiement de ce reliquat et la remise des pièces, par argument de l'ordonnance de 1667, à moins que le ci-devant mineur ne lui ait donné terme.

5° Ce que la coutume décide, qu'on ne peut donner aux enfans des administrateurs, est encore une interprétation de l'ordonnance; car l'affection que les pères ont pour leurs en-

fans fait que ce qui est donné aux enfans est censé donné aux pères; *quod donatur filio videtur donatum patri;* et il n'y auroit pas moins à craindre que l'administrateur, ne pouvant se faire donner à lui-même, n'extorquât des donations pour ses enfans, qu'il y auroit à craindre qu'il n'en extorquât pour lui-même, si la liberté lui en étoit laissée, les pères ayant ordinairement plus de passion pour enrichir leurs enfans que pour s'enrichir eux-mêmes.

Cette incapacité des enfans de l'administrateur ne venant pas de leur propre personne, mais de celle de leur père, à qui ce qui leur seroit donné paroîtroit indirectement donné, il s'ensuit que si leur père vient à mourir, quoique le compte ne soit pas encore rendu, cette incapacité doit cesser; *quasi remoto impedimento.*

Les donations faites aux enfans des tuteurs ou administrateurs étant réprouvées lorsqu'elles sont faites du vivant de ce tuteur ou administrateur, par la raison qu'elles sont censées faites indirectement au tuteur ou administrateur lui-même, il s'ensuit que celles faites à la femme ou au mari ou aux ascendans du tuteur ou administrateur, doivent par la même raison être réprouvées, car elles sont aussi en quelque façon faites au tuteur lui-même.

6o C'est encore par une interprétation de l'ordonnance que la coutume a compris les pédagogues sous le terme général d'autres administrateurs dont l'ordonnance s'étoit servie; car les pédagogues ont l'administration ou gouvernement, non à la vérité des biens, mais de la personne des élèves et disciples; ayant sur eux un droit de correction, ils ne doivent pas avoir sur leur esprit un moindre empire que n'en ont les tuteurs et curateurs, et par conséquent ils ne doivent pas moins être incapables qu'eux de recevoir des legs de leurs élèves et disciples.

On doit entendre par pédagogue un précepteur ou gouverneur préposé à la conduite ou éducation d'un jeune homme, un régent de collége; on y doit comprendre aussi les colléges où les jeunes gens sont pensionnaires, les communautés de filles où l'on met les jeunes filles pour les instruire et les élever.

On ne doit pas penser la même chose à l'égard des personnes majeures qui sont volontairement pensionnaires dans une communauté: les supérieurs ou supérieures d'une communauté n'exercent pas d'empire sur ces personnes, qui ne sont pas dans

leur dépendance, et qui ont la liberté de quitter la communauté si elles le jugent à propos. Néanmoins la cour ne laisse pas de réduire les donations faites par ces personnes à la communauté où elles sont pensionnaires, lorsqu'elles paroissent trop considérables. (Arrêt du 11 juillet 1713, rapporté au 6e tome du Journal.)

Des maîtres ou maîtresses sont aussi, à l'égard de leurs apprentis, des espèces de pédagogues, à cause du droit de correction qu'ils ont sur eux. Ricard en rapporte un arrêt à l'égard d'un apprenti apothicaire. Il en est autrement des professeurs publics, tels que sont ceux du Collége royal de Paris, et ceux des Facultés supérieures de théologie, de droit et de médecine : l'état de ces professeurs ne consistant qu'à faire des leçons publiques à qui veut les entendre, et ne leur donnant aucun gouvernement ni aucune inspection sur les personnes de leurs élèves, il est clair qu'ils ne peuvent être compris sous le terme de pédagogues, ni être renfermés sous la prohibition de la coutume.

7° La jurisprudence a encore étendu les dispositions de l'ordonnance et de la coutume à plusieurs autres espèces de personnes, savoir :

1° Aux directeurs, confesseurs. L'empire que ces personnes acquièrent ordinairement sur l'esprit de leurs pénitens, et beaucoup plus sur l'esprit de leurs pénitentes, a servi de motif à cette extension.

Lorsque le confesseur est un religieux ou membre de quelque communauté, le couvent ou la communauté dont il est membre, et celles du même ordre, sont incapables de recevoir des donations des pénitens de ce confesseur; car il y a également à craindre qu'il n'abuse de l'empire qu'il a sur l'esprit de son pénitent pour extorquer quelque donation au profit de cette communauté, comme il y a lieu de craindre qu'un confesseur n'en extorque pour lui-même, les religieux étant ordinairement aussi portés pour les intérêts de leur communauté que les séculiers le sont pour leurs propres intérêts.

2° Un semblable motif a fait étendre la disposition de l'ordonnance aux médecins, chirurgiens, apothicaires, empyriques, opérateurs, qui ont entrepris une cure. Toutes ces personnes sont incapables de recevoir aucunes donations ni legs de leurs malades, lesquels, pour avoir la guérison, n'osent rien refuser à ces personnes, desquels ils s'imaginent pouvoir l'obtenir. La

jurisprudence est en cela conforme aux loix romaines. L. 9, *Cod. de prof. et med.*

3° Par un semblable motif on a étendu la disposition de l'ordonnance aux procureurs, et on les a jugés incapables de recevoir aucunes donations ni legs de leurs cliens. Au reste, pour que ce motif reçoive application, je pense qu'il faut, pour qu'un procureur soit incapable de recevoir des dons et legs de son client, que l'affaire qu'il a entre les mains soit une affaire embarrassée, et dans laquelle il s'agisse de toute la fortune ou d'une partie considérable de la fortune du client; ce qui met dans ce cas le client dans sa dépendance, qui, pour sortir d'une affaire importante qui est entre les mains de son procureur, n'oseroit rien lui refuser. Si l'affaire étoit de peu d'importance et très-simple par elle-même, alors le motif de l'ordonnance ne paroîtroit pas recevoir d'application.

A l'égard des avocats, il y en a qui pensent que la noblesse de leur profession doit écarter d'eux tout soupçon de vue intéressée, et par conséquent qu'ils ne doivent pas être incapables de recevoir des donations de leurs cliens. Néanmoins Ricard pense que les avocats doivent être incapables de recevoir des donations de leurs cliens aussi bien que les procureurs. Mais il ajoute que les uns et les autres ne sont pas incapables d'en recevoir par testament, parce que le temps de la maladie, auquel se font ordinairement les testamens, est un temps auquel l'empire que pourroit avoir l'avocat et le procureur cesse, pour céder la place à celui du médecin.

L'incapacité des confesseurs, médecins, procureurs et autres semblables personnes, n'étant établie par aucune loi, comme l'est celle des tuteurs et administrateurs, mais seulement sur la jurisprudence des arrêts, il s'ensuit que cette incapacité ne dois pas être si strictement interprétée.

C'est pourquoi, lorsque les donations et legs faits à ces sortes de personnes sont modiques et n'excèdent pas les bornes d'une juste reconnoissance, ils doivent subsister.

Lors même qu'ils sont plus considérables, s'il paroît des motifs probables qui aient pu porter le donateur à les faire, ils doivent subsister, comme si cette personne étoit le proche parent : par exemple, si ce confesseur, ce médecin, etc., étoit un petit-neveu du défunt, que le défunt ait rappelé à sa succession. Ceci doit néanmoins dépendre des circonstances.

Au reste, ces personnes sont incapables, ainsi que celles

énoncées dans la loi, non-seulement des avantages indirects qui leur seroient faits à eux-mêmes, mais même de ceux qui, de leur vivant, seroient faits à leurs femmes, enfans ou ascendans.

§. IX. En quel temps se considère la capacité pour recevoir la donation, et si l'on peut donner à ceux qui ne sont pas conçus.

Les donations entre-vifs recevant toute leur perfection dans le temps du contrat, il s'ensuit que c'est en ce temps qu'est nécessaire, et la capacité de donner dans la personne du donateur, et la capacité de recevoir dans celle du donataire.

De là il suit que le néant n'étant capable de rien, et étant avant toute chose nécessaire d'exister pour être capable de quelque chose, on ne peut faire aucune donation à celui qui, lors de la donation, ne seroit pas encore conçu; car puisque lors de la donation il n'existoit pas, il ne pouvoit pas alors être capable de recevoir la donation.

La faveur des contrats de mariage susceptibles de toute convention a fait excepter de la règle les donations qui s'y font. C'est pourquoi si on donne par contrat de mariage aux enfans qui naîtront de ce mariage, la donation sera valable lorsque ces enfans viendront à naître, quoique lors du contrat ces enfans, qui n'existoient pas encore, ne pussent être pour lors capables de donations.

Il faut aussi observer que lorsqu'une donation contient une substitution, il n'est pas nécessaire que le substitué existe lors de la donation, il suffit qu'il existe et soit capable lors de l'ouverture de la substitution.

La capacité est tellement nécessaire lors de la donation et dans le temps même de la donation, que si j'ai donné à une personne à qui les lois défendoient de donner pour lors, quoique l'empêchement ait cessé, et que depuis que l'empêchement a cessé j'aie ratifié la donation, elle ne sera pas valable, parce que ce qui est nul ne peut être confirmé par une ratification. Cela a été ainsi jugé à l'égard d'une donation faite par une femme à la mère de son mari, dans une coutume qui défend de donner à son mari et aux parens du mari; quoiqu'elle eût été ratifiée depuis la mort du mari, et par conséquent dans un temps auquel la donataire avoit cessé d'être incapable, elle fut déclarée nulle. Cet arrêt est dans Soefve, c. 11, 39.

Que si la ratification étoit revêtue des formes nécessaires

pour une donation, elle vaudroit, non comme une ratification, mais comme une nouvelle donation.

ARTICLE III.

Des choses qui peuvent être données entre-vifs.

C'est un droit général, qu'on peut donner tous ses meubles et acquêts. Les coutumes sont différentes à l'égard des propres : celles de Paris et d'Orléans permettent aux majeurs de donner entre-vifs, non-seulement tous les meubles et acquêts, mais encore tous les propres, sauf la légitime des enfans, si le donateur en a.

D'autres coutumes permettent seulement de disposer par donation entre-vifs d'une partie des héritages propres : par exemple, la coutume de Blois ne permet de donner entre-vifs que la moitié des propres.

Dans cette variété de coutumes, c'est celle du lieu où les héritages propres sont situés qui doit décider; car les lois qui défendent l'aliénation des choses, ayant pour objet les choses, sont des statuts réels qui n'ont d'empire que sur les choses situées dans leur territoire.

Cette disposition des coutumes qui défend de donner entre-vifs une certaine portion des propres étant faite en faveur des héritiers présomptifs du donateur qui sont de la ligne d'où ces propres procèdent, il s'ensuit que la donation qui auroit été faite du total desdits propres ou d'une partie plus grande que celle dont il est permis de disposer, n'est nulle pour l'excédent qu'en faveur desdits héritiers de la ligne, et que, par conséquent, il n'y a qu'eux qui puissent en demander le retranchement et en opposer la nullité. Nous parlerons ailleurs de ce retranchement.

SECTION II.

Des formes des donations entre-vifs, et par quels actes doivent-elles être faites.

Les formes que nos lois exigent pour la validité des donations entre-vifs d'immeubles, sont :

1° La solennité de l'acceptation ;

2° La tradition ;

3° L'irrévocabilité;

4° L'insinuation.

5° Il est encore de la forme des donations qu'elles ne puissent être faites que par actes devant notaire.

ARTICLE PREMIER.

De la solennité de l'acceptation.

Il faut distinguer entre l'acceptation et la solennité de l'acceptation.

L'acceptation, qui n'est autre chose que le consentement donné par le donataire à la donation, n'est pas une simple forme requise par le droit civil pour la validité de la donation. Cette acceptation constitue l'essence même de la donation, qui, étant une convention entre le donateur et le donataire, renferme nécessairement le consentement des deux parties. *Conventio (enim) est duorum in idem placitum consensus.*

La solennité d'acceptation est l'expression qui doit être faite par l'acte de donation de l'acceptation du donataire. Cette expression est une pure solennité requise par nos lois, et qui ne le seroit pas si les donations eussent été laissées dans le pur droit naturel, suivant lequel l'acceptation, quoique non exprimée, quoique tacite et désignée de quelque manière que ce fût, auroit été valable.

Il suit de cette distinction que, quoique dans toutes les autres conventions l'acceptation soit suffisamment signifiée par la présence des parties à l'acte, ou par leur signature, néanmoins, dans les donations où cette acceptation doit être expresse et est requise comme une formalité, la présence du donataire, la signature à l'acte de donation, ne seroient pas une acceptation suffisante. C'est la disposition de l'art. 6 de l'ordonnance de 1731.

Il en est de même de toutes les autres circonstances dont on voudroit induire l'acceptation : quand même le donataire seroit, en conséquence de la donation, entré en possession de la chose donnée, cela ne suppléeroit pas à la solennité de l'acceptation.

Il n'est pas nécessaire, au reste, que l'acte qui contient l'acceptation du donataire soit le même acte par lequel le donateur a déclaré qu'il donnoit. Quoique ces deux actes n'en contiennent proprement qu'un, néanmoins ils peuvent être

faits par chartes différentes, et à différens temps l'un de l'autre.

Il falloit pourtant, par l'ordonnance de 1539, art. 133, que l'acte contenant l'acceptation fût fait en la présence des donateurs et notaires. Mais par la déclaration de 1549, l'acceptation peut être faite même hors la présence du donateur; ce qui se peut faire, ou au pied de l'acte de donation, ou même par chartes tout-à-fait séparées. Mais, en ce cas, il faut, suivant ladite déclaration, que l'instrument de la donation soit inséré dans l'acte qui contient l'acceptation.

De ce que la donation et l'acceptation peuvent être faites par différentes chartes et à différens temps, naît la question de savoir si une donation ayant été faite ainsi sera censée valable du jour de l'acte de donation, ou seulement du jour de l'acceptation. Il faut dire qu'elle ne sera valable que du jour de l'acceptation. L'ordonnance de 1539 le dit en termes exprès : » Celles qui seront faites en l'absence des donataires, les notaires stipulant pour eux, commenceront leur effet du temps » qu'elles seront acceptées. »

La raison en est évidente. La donation ne reçoit sa perfection que par l'acceptation; elle ne peut être valable que ce jour-là. La donation, avant qu'elle soit acceptée, n'est encore qu'un projet, et n'est pas encore donation, puisque qui dit *donation entre-vifs*, dit *convention*, et qu'il ne peut y avoir de convention sans acceptation.

De là il suit que le donateur peut avant l'acceptation changer de volonté; car n'y ayant jusque là proprement qu'un projet qui n'est pas effectué, et dont il n'est encore né aucun droit, ni formé, ni informe, au profit du donataire, qui ne peut résulter que de son acceptation, il s'ensuit qu'il peut changer de volonté; car on ne peut pas lui opposer que : *Nemo mutare potest consilium in alterius injuriam;* car il répondra que, *mutando consilium nemini facit injuriam, cùm ex ipsius proposito nemini fuerit jus acquisitum.*

L'ordonnance, art 14, décide donc avec raison que les mineurs et autres privilégiés ne peuvent être restituables, même sous prétexte de l'insolvabilité de leurs tuteurs, contre le défaut d'acceptation d'une donation qui leur auroit été faite par quelqu'un qui seroit mort depuis ou auroit changé de volonté; car ces personnes n'ayant pu acquérir aucun droit que par l'acceptation qui n'est pas intervenue, il n'y a aucun droit

que la restitution puisse leur rendre : le donateur, en changeant de volonté, n'ayant fait que retenir ce qui n'avoit pas cessé d'être à lui, et user de la liberté naturelle qu'ont tous les hommes de changer de volonté, ne leur a fait aucun tort qui leur donne lieu de pouvoir se pourvoir contre lui par la restitution. Mais en ce cas le mineur peut prétendre contre son tuteur l'estimation de ce qu'il a manqué d'acquérir par la négligence qu'a eue son tuteur d'accepter la donation avant que le donateur eût changé de volonté; car quoique le mineur n'ait jamais eu aucun droit qui résultât de cette donation, et qu'il n'ait en conséquence rien perdu, il suffit qu'il ait manqué d'acquérir par la négligence de son tuteur, pour qu'il en soit tenu envers lui.

Il suit de là que si le tuteur avoit lui-même fait la donation à son mineur, il ne pourroit opposer le défaut d'acceptation; car, si la donation est nulle faute d'acceptation, il est en sa qualité de tuteur responsable de n'avoir pas fait créer un curateur à son mineur pour l'accepter.

De ce que la donation n'a d'effet que du jour de l'acceptation, il suit que par l'acceptation de la donation la chose donnée ne passe au donataire qu'avec la charge des hypothèques que le donateur a contractées dans le temps intermédiaire de la donation et de l'acceptation, et avec toutes les autres charges qu'il y auroit imposées.

Il n'est pas douteux que la donation ne puisse avoir d'effet avant l'acceptation au préjudice des tiers qui auroient acquis quelque droit dans la chose donnée; mais lorsqu'il ne s'agit pas de l'intérêt de ces tiers, on demande si l'acceptation peut avoir un effet rétroactif au temps de la donation, par exemple, à l'effet que, si on m'a donné un héritage avant mon mariage, et que je n'aie accepté la donation que depuis, l'héritage me soit propre de communauté. On dira, pour l'affirmative, que l'acceptation que je fais est une ratification de celle que le notaire stipulant pour moi avoit déjà faite, en recevant l'acte qui contient la donation; or, dira-t-on, c'est le propre des ratifications d'avoir un effet rétroactif au temps de l'acte ratifié. Au contraire, pour la négative, on dira que la ratification d'un acte qui auroit toutes ses formes, et auquel il ne manqueroit que le consentement de la personne qui le ratifie, peut avoir un effet rétroactif; mais il n'en est pas de même lorsque cette acceptation est une formalité requise pour la validité de l'acte.

On peut bien donner au consentement d'une personne qui ratifie, un effet rétroactif, en supposant que, dès le temps de l'acte, elle a voulu et consenti à tout ce qui a été fait en son nom. Mais on ne peut pas donner un effet rétroactif à une formalité requise, ni la supposer intervenue avant qu'elle l'ait été effectivement. En vain diroit-on que le donataire en acceptant depuis est censé, dès le temps de la donation, avoir voulu et avoir accepté ce que le notaire a stipulé pour lui; car on répondroit qu'en vain on suppose qu'il a voulu dès ce temps accepter, puisque la volonté n'est pas seule suffisante pour la perfection de la donation, qui requiert, outre cela, que cette volonté soit expresse, et qu'ainsi l'acte ne peut être regardé comme parfait que du jour que son acceptation est intervenue.

C'est pour cela que l'ordonnance, art. 5, déclare de nul effet les acceptations de notaires stipulans pour les absens, et défend aux notaires de faire ces stipulations dans les donations.

De ce que la donation ne commence à avoir son effet que du jour de l'acceptation, il suit aussi que l'ordonnance a bien décidé en ordonnant qu'elle devroit l'être du vivant du donateur. Car, la donation n'ayant d'effet que du jour qu'elle est acceptée, ce n'est que de ce jour que le donateur est réputé avoir donné et consommé sa donation; d'où il suit qu'il faut qu'il soit vivant, car on ne peut plus rien faire après qu'on est mort. La donation étant une convention, elle se forme par le concours des volontés du donateur et du donataire. L'acceptation qui se fait du vivant du donateur forme ce concours, parce que le donateur, qui n'a pas témoigné avoir changé de volonté, est présumé persévérer toujours dans la volonté de donner qu'il avoit déclarée auparavant; mais l'acceptation qui se fait après la mort du donateur ne peut plus former ce concours, puisqu'un mort n'a plus de volonté.

Il suit de ces principes que l'acceptation ne peut se faire, non-seulement après la mort du donateur, mais même après qu'il a perdu l'usage de la raison, ou que, sans l'avoir perdu, il est devenu d'ailleurs incapable de donner; car on ne peut plus supposer lors de l'acceptation le concours des volontés du donateur et du donataire nécessaire pour former la donation, si dans ce temps le donateur est incapable de volonté. En vain, lors de l'acceptation, seroit-il supposé persévérer dans la volonté de donner, si dans ce temps il étoit incapable de donner; par exemple, s'il étoit lors interdit, s'il étoit lors

marié à la personne du donataire; car, comme c'est dans ce temps que se forme la donation et qu'elle reçoit sa perfection, il est clair que c'est dans ce temps que la capacité de donner est requise.

C'est encore une suite de nos principes que, de même que l'acceptation ne peut se faire que du vivant du donateur, elle ne peut se faire que du vivant du donataire, par lui-même ou par son procureur, et que son héritier ne peut pas, après sa mort, accepter la donation, comme l'a mal à propos avancé Lalande. Cela suit évidemment de nos principes.

Pour que le concours des deux volontés qui forme la donation ait lieu, il faut que ce soit la même personne à qui le donateur veut donner qui veuille accepter la donation. Lorsque c'est l'héritier qui accepte la donation, ce n'est pas la personne à qui le donateur veut donner, puisque le donateur n'a pensé qu'au défunt, et non pas à son héritier. Le concours nécessaire des deux volontés pour former la donation ne se trouve donc pas. En vain diroit-on que l'héritier représente le défunt et est censé la même personne que lui, car cela n'est vrai qu'autant que l'héritier a succédé aux droits du défunt; mais le défunt, étant mort avant l'acceptation, n'avoit aucun droit résultant de la donation, puisque ce n'est que par l'acceptation qu'il pouvoit en acquérir; il n'a donc pu en transmettre aucun à son héritier à cet égard, et par conséquent son héritier ne peut pas à cet égard le représenter ni accepter la donation.

Il suit encore de nos principes que le donateur doit être capable de recevoir des donations lors de l'acceptation; car, puisque c'est proprement dans ce temps que la donation se forme, c'est aussi dans ce temps que le donataire doit en avoir la capacité.

Doit-on toujours conclure de là que si le donataire, dans le temps intermédiaire de la donation et de l'acceptation, devenoit le médecin ou le procureur du donateur, la donation ne seroit pas valable? Je pense que non; car l'incapacité du médecin, des procureurs et des personnes semblables, n'étant pas une incapacité absolue et prononcée par la loi, mais une incapacité improprement dite et qui ne résulte que de la présomption qui naît de la qualité de ces personnes que cette donation a été extorquée par leur empire sur l'esprit du donateur, cette incapacité ne doit plus être considérée lorsque cette présomption cesse et qu'il paroît que le donateur s'étoit porté à la

donation avant que le donataire eût eu cette qualité qui pouvoit lui donner de l'ascendant sur l'esprit du donateur.

Nous avons à présent à voir par qui l'acceptation peut être faite. Elle peut se faire, ou par le donataire lui-même, ou par son procureur, soit spécial, soit général (ordonnance de 1731, art. 5); par son tuteur, par son curateur ou autre administrateur.

Une acceptation faite par toute autre personne qui n'auroit pas de mandat, et qui déclareroit se porter fort pour le donataire absent, ne seroit pas valable, et la donation ne vaudroit que du jour de la ratification expresse qu'en feroit le donataire par un acte devant notaire, dont il doit rester minute. (Ordonnance de 1731, art. 5.)

L'acceptation contenant un consentement, il s'ensuit que les enfans et les fous à qui une donation est faite, ne peuvent pas l'accepter par eux-mêmes, mais leurs tuteurs ou curateurs peuvent l'accepter pour eux. (Ordonnance de 1731, art. 7.)

Il est même permis par ledit article, au père et à la mère du donataire mineur ou interdit, quand même ils n'auroient pas la qualité de tuteurs ou curateurs, et même aux autres ascendans, quoique du vivant du père et de la mère du donataire, d'accepter, pour le donataire mineur ou interdit, la donation qui lui est faite, ainsi que le pourroit faire un tuteur.

L'ordonnance, en permettant à ces personnes d'accepter les donations faites aux mineurs et interdits, n'exclut pas les mineurs et interdits qui ont l'usage de la raison, tels que sont les interdits pour cause de prodigalité, et les mineurs *pubères* ou voisins de la puberté, d'accepter par eux-mêmes les donations qui leur sont faites.

Il est évident aussi que les communautés ne pouvant consentir par elles-mêmes l'acceptation des donations qui leur sont faites, cette acceptation doit être faite par les personnes préposées à la gestion des affaires de ces communautés, comme, par exemple, par un syndic. Si la donation est faite à un hôpital, elle sera acceptée par les administrateurs; si elle est faite pour la fondation de quelque service divin dans une paroisse ou pour la subsistance des pauvres, l'acceptation sera faite par les curés et les marguilliers de ladite paroisse. (Ordonnance de 1731, art. 8.)

Il nous reste à observer touchant l'acceptation, qu'elle n'est nécessaire que pour les donations directes. Les donations fidéi-

commissaires, quoique faites par un acte de donation entre-vifs, n'ont pas besoin d'être acceptées par les personnes à qui elles sont faites, qui sont souvent lors de l'acte incertaines. C'est pourquoi l'ordonnance de 1731, art. 11, dit qu'elles vaudront, en vertu de l'acceptation du premier donataire à qui la donation directe a été faite, à la charge de leur restituer, sans qu'il soit besoin d'aucune acceptation de leur part.

Lorsqu'une donation est faite à quelqu'un et à ses enfans à naître, elle est censée faite directement à lui, et contenir un fidéicommis au profit de ses enfans, et par conséquent son acceptation suffit et rend la donation valable même à l'égard des enfans à naître.

Il en est de même lorsqu'une donation est faite aux enfans nés et à naître de quelqu'un. Les enfans nés sont les seuls donataires directs, et leur acceptation suffit. Ceux à naître sont censés appelés par forme de fidéicommis, à mesure qu'ils naîtront, à une portion virile des choses données.

Les institutions contractuelles n'ont point besoin non plus d'acceptation.

Les donations entre-vifs, quoique directes, lorsqu'elles sont faites par contrat de mariage, ne sont pas sujettes à la solennité d'acceptation (ordonnance de 1731, art. 10), parce que la faveur des contrats de mariage fait dispenser de toute formalité les dispositions qui y sont contenues.

Enfin les donations de meubles corporels, lorsqu'il y a tradition réelle, ne sont pas sujettes à aucune formalité, puisqu'on peut même n'en passer aucun acte.

Les lois romaines reconnoissoient une espèce de libéralité qui obligeoit en certain cas le donateur, sans aucune convention avec le donataire, et par conséquent sans acceptation. C'est ce que les lois appeloient *pollicitation*, qu'on définit *solius offerentis promissum*. Ces pollicitations, lorsque elles étoient de quelque chose qui contînt quelque utilité publique, ou qui contribuât à la décoration d'une ville, étoient obligatoires, ou lorsque elles avoient eu un commencement d'exécution, ou même, sans cela, lorsqu'elles avoient été faites en conséquence de quelque honneur ou magistrature déférés à celui qui avoit fait la pollicitation. (Voyez notre titre *de pollicitationibus*, dans nos Pandectes.)

Ricard rapporte quelques arrêts par lesquels il paroît que ces pollicitations avoient été admises dans notre jurisprudence;

mais elles paroissent aujourd'hui rejetées par l'ordonnance de 1731, art. 5, qui dit en termes formels que même les donations faites en faveur de l'église ou pour causes pies, ne pourront engager le donateur que du jour qu'elles auront été acceptées. Car de ce que l'ordonnance a déclaré qu'elle n'exceptoit pas de la nécessité de l'acceptation même la cause pie, on peut conclure que son esprit est de n'en excepter aucunes, et par conséquent de ne pas même en excepter celles qui auroient pour cause la décoration des villes, ou quelque utilité publique.

ARTICLE II.

De la tradition et de l'irrévocabilité.

Il est de principe dans notre droit françois sur la matière des donations entre-vifs, que *donner et retenir ne vaut.* Cette maxime est insérée dans plusieurs coutumes. (*Paris,* art. 273; *Orléans*, art. 283.)

Ces mêmes coutumes donnent en même temps l'explication de cette maxime : « C'est donner et retenir, quand le do-» nateur s'est réservé la puissance de disposer librement de » la chose par lui donnée, ou qu'il demeure en possession » jusqu'au jour de son décès. » (*Paris,* art. 274; *Orléans*, 283.) Deux choses sont donc requises, suivant cette maxime, pour la validité des donations; la tradition de la chose donnée, et l'irrévocabilité parfaite. 1° La coutume établit la nécessité de la tradition, lorsqu'elle dit que c'est *donner et retenir, lorsque le donateur demeure en possession.*

La même coutume d'Orléans dit ailleurs, art. 276, que la donation est valable, pourvu que, dès le temps du don, les donateurs se dessaisissent.

La raison pour laquelle notre droit a requis, pour la validité des donations, la nécessité de cette tradition, ainsi que celle de l'irrévocabilité, se fait assez apercevoir. L'esprit de notre droit françois incline à ce que les biens demeurent dans les familles et passent aux héritiers. Leurs dispositions sur les propres, sur les réserves coutumières, le font assez connoître.

Dans cette vue, comme on ne pouvoit justement dépouiller les particuliers du droit que chacun a naturellement de disposer de ce qui est à lui, et par conséquent de donner entre-vifs, nos lois ont jugé à propos, en conservant aux particuliers ce droit, de mettre néanmoins un frein qui leur en rendît

l'exercice plus difficile. C'est pour cela qu'elles ont ordonné qu'aucun ne pût valablement donner qu'il ne se dessaisît dès le temps de la donation de la chose donnée, et qu'il ne se privât pour toujours de la faculté d'en disposer ; afin que l'attache naturelle qu'on a à ce qu'on possède, et l'éloignement qu'on a pour le dépouillement, détournât les particuliers de donner.

D'ailleurs, la parfaite libéralité qui fait que le donateur préfère le donataire à lui-même pour la chose donnée, est (comme nous l'avons dit) le caractère des donations entre-vifs ; or c'est une suite de cette préférence que le donateur se dépouille au profit de son donataire. Ce dépouillement est donc de la nature des donations entre-vifs.

§. I. De la tradition.

Les coutumes sont différentes sur la qualité de la tradition. Il y en a qui en demandent une solennelle sous différens noms.

D'autres demandent une tradition réelle, et ne reconnoissent point pour valables les donations dans lesquelles il n'est intervenu qu'une tradition feinte, telle que celle qu'on induit de la rétention d'usufruit. Dans les coutumes de Paris et d'Orléans les donations sont valables, soit que la tradition ait été réelle soit qu'elle ait été seulement feinte.

On entend assez ce que c'est que tradition réelle ; c'est lorsque je fais passer une chose mobilière de ma main en celle d'un autre, dans la vue de lui en abandonner la possession ; ou que, dans la même vue, je déloge d'une maison ou d'un héritage en faveur d'un autre qui y entre en ma place.

On appelle *tradition feinte* toutes les manières de faire passer à quelqu'un la possession d'une chose sans qu'il intervienne de tradition réelle.

Par exemple, lorsque, donnant un héritage à quelqu'un, je le retiens à titre de ferme ou de loyer, c'est une tradition feinte, parce que, restant dans l'héritage, et sans qu'il intervienne par conséquent de tradition réelle, je ne laisse pas de faire passer à ce donataire la possession de l'héritage. En effet, comme nous possédons non-seulement les choses que nous tenons par nous-mêmes, mais même celle que nous tenons par nos fermiers et locataires, et qu'un héritage n'est pas proprement possédé par celui qui le tient à ferme ou à loyer, mais par celui de qui il est tenu à ce titre, il s'ensuit que le donateur, en se rendant, par une clause de la donation, le fermier

ou le locataire du donataire pour raison de l'héritage qu'il lui donne, sans sortir de l'héritage, il cesse de le posséder, et en transfère véritablement la possession au donataire.

Il en est de même de la clause de rétention d'usufruit, soit dans un contrat de vente, soit dans un contrat de donation. Car comme un usufruitier ne possède pas la chose dont il a l'usufruit, comme chose à lui appartenante, mais comme la chose d'autrui, il ne la possède pas en quelque façon, et c'est celui de qui il la tient à usufruit qui la possède par lui : d'où il suit que le vendeur ou donateur, en se rendant par cette clause l'usufruitier de la chose qu'il vend ou qu'il donne, il en transfère la possession à l'acquéreur, de qui il se reconnoît la tenir à titre d'usufruit.

Ces manières et autres semblables de transférer la possession sont appelées traditions feintes, parce qu'elles ne contiennent effectivement aucune tradition réelle. On la suppose seulement intervenue, parce qu'elles produisent le même effet de transférer la possession, que si elle étoit effectivement intervenue.

Les coutumes de Paris et d'Orléans déclarent formellement qu'elles se contentent de ces traditions feintes pour la validité des donations, lorsque elles disent : « Ce n'est donner et retenir » quand l'on donne la propriété d'aucun héritage, retenu à soi » l'usufruit à vie ou à temps, ou quand il y a clause de con- » stitut ou précaire; et vaut telle donation. » (*Orléans* 284, *Paris* 275.)

On appelle *clause de constitut* la clause pour laquelle le donateur déclare tenir l'héritage du donataire, et n'en demeurer en possession que pour lui et en son nom, soit comme fermier, soit comme locataire, ou de quelque autre manière que ce soit.

La *clause du précaire* est celle par laquelle le donateur ne retient l'héritage que précairement du donataire, c'est-à-dire par grâce, de sa part, et à la charge de le lui remettre toutes fois et quantes il le demandera.

Quand même il ne seroit pas dit expressément que le donateur se retient l'usufruit de la chose donnée, mais seulement que l'acquéreur n'entrera en jouissance que dans un certain temps, Ricard pense que c'est une rétention d'usufruit jusqu'à ce temps.

La coutume d'Orléans fait mention d'une autre espèce de tradition feinte. Elle dit, art. 278, que la clause de dessaisine

saisine devant notaire de cour laye équipolle à la tradition de fait, sans qu'il soit requis autre appréhension.

Pour que cette tradition feinte ait lieu, il faut 1° que celui qui se dessaisit par cette clause soit véritablement en possession de l'héritage qu'il aliène; car on ne peut se dessaisir que de ce qu'on possède: 2° il faut que les parties ne fassent par la suite rien de contraire à cette clause; car si, nonobstant cette clause, le donataire souffroit que le donateur restât par la suite en possession de la chose donnée, cette clause seroit de nul effet, et la donation seroit nulle, par la raison que, *donner et retenir ne vaut.*

Cette espèce de tradition feinte, qui résulte de la simple clause de dessaisine saisine, est particulière à notre coutume d'Orléans. C'est pourquoi, pour qu'elle ait lieu, il faut non-seulement qu'il s'agisse d'héritages situés en la coutume d'Orléans, mais il faut encore, selon Dumoulin, que l'acte y ait été passé, *dummodò sit facta Aureliæ* (dit-il en sa note sur l'art. 218 de l'ancienne coutume, dont celui-ci est tiré). *Secùs si de terris sitis Parisiis.*

Il faut donc aussi dans les autres coutumes, à défaut de tradition réelle, quelque clause de rétention d'usufruit, de constitut, de précaire, et la seule clause de dessaisine saisine ne suffit pas.

Il faut observer que, suivant Dumoulin, la tradition, soit réelle, soit feinte, n'est nécessaire que dans les donations pures et simples, et non dans les donations qui sont suspendues par une condition, ni même dans celles dont, par la loi apposée au contrat, l'exécution est transférée à un certain temps.

Il pense que ces sortes de donations sont valables, et que le donateur n'est pas censé donner et retenir, quoiqu'il retienne la chose donnée jusqu'au temps marqué pour l'exécution. Car, selon lui, ce n'est *donner et retenir* que lorsque le donateur retient la chose donnée contre la teneur de la donation, et non pas lorsqu'il la retient en exécution de la loi même apposée à la donation. Voici ses termes : en expliquant que donner et retenir ne vaut, il dit: *Hæc consuetudo intelligitur quandò fit contrarium donationis, ut quia proprietas datur de præsenti..... Secùs si datur post obitum quia interim non potest peti, nec potest tradi, et sic non retinetur datum.* Ce sentiment de Dumoulin ne paroît pas pouvoir être suivi en notre cou-

tume, qui porte expressément qu'il faut que dès le temps du don le donateur se dessaisisse.

Quoique les choses incorporelles ne soient susceptibles ni de possession ni de tradition proprement dite, néanmoins la donation de ces sortes de choses n'est pas dispensée de la nécessité de la tradition, et ce qui équipolle à tradition à l'égard de ces sortes de choses doit intervenir pour que la donation soit valable. C'est pourquoi, comme à l'égard des créances c'est la signification que fait le cessionnaire de son transport au débiteur de la créance qui le saisit et équipolle à tradition, suivant l'art. 108 de la coutume de Paris, qui est suivi partout, il s'ensuit que, pour que la donation d'une créance soit valable, il faut que le donataire signifie au débiteur la donation.

Il faut avoir recours à la même espèce de tradition lorsque quelqu'un donne un héritage dont il n'a pas la possession; comme en ce cas il ne peut y avoir lieu ni à la tradition réelle ni aux traditions feintes (dont il a été parlé ci-dessus), dont l'effet est de transférer la possession de l'héritage, puisque le donateur, qui ne l'a pas lui-même, ne peut pas la transférer, la signification faite au possesseur de l'héritage par le donataire, de la donation qui lui en est faite avec assignation pour le délaisser, tient lieu de la tradition du droit que le donateur avoit de le revendiquer, et rend valable la donation qu'il en a faite.

Si la donation est d'une somme ou d'une rente, dont le donateur se constitue débiteur envers le donataire, une telle donation n'est susceptible d'aucune tradition, et l'obligation irrévocable de la payer, que le donateur contracte par la donation, suffit pour rendre sa donation valable.

Il nous reste à observer sur la nécessité de la tradition que, suivant Ricard, le défaut de tradition ne peut être opposé par le donateur lui-même, qui peut toujours être contraint à faire la délivrance; et que ce défaut peut être opposé seulement par ses héritiers et par des tiers. Cela souffre difficulté en notre coutume, qui dit en termes très-généraux que, pour que la donation soit valable, il faut que dès le temps du don le donateur se dessaisisse. C'est pourquoi Lalande, sur l'art. 283, dit formellement qu'à défaut de clause de tradition feinte, le donataire ne peut pas agir personnellement contre le donateur, à ce qu'il soit condamné à la délivrance des meubles ou immeubles par lui promis. Et ailleurs il dit que par notre cou-

tume, conforme en cela à l'ancien droit romain, la simple paction de donner n'est point obligatoire.

Il y a néanmoins des jurisconsultes qui pensent que, même dans la coutume d'Orléans, le défaut de tradition ne peut être opposé par le donateur, et que le donataire a action contre lui pour se faire livrer la chose qu'il lui a donnée; que ces termes, « pourvu que dès le temps du don le donateur se dessaisisse, » ne concernent que l'irrévocabilité essentielle aux donations, et qu'ils signifient seulement que dès le temps du don le donateur ne doit plus être le maître de se repentir de sa donation; qu'au surplus il est censé s'être dessaisi suffisamment par l'action qu'il donne contre lui en s'obligeant à livrer la chose, et que de même qu'on dit en droit que, *is qui actionem habet ad rem, jam ipsam rem habere videtur*, de même on peut dire que celui qui a donné une action contre lui pour le contraindre à se dessaisir de la chose, s'en est déjà comme dessaisi.

§. II. De l'irrévocabilité des donations entre-vifs.

C'est le caractère essentiel et distinctif de la donation entre-vifs, d'être irrévocable, car c'est ce qui la distingue de la donation pour cause de mort; d'où il suit que tout ce qui blesse cette irrévocabilité est un vice qui annule la donation entre-vifs, parce qu'il en détruit la cause.

Ce que nous disons ne doit pas être entendu absolument de toute irrévocabilité, mais, relativement au donateur, de celle qui consiste en ce qu'il ne soit pas laissé en sa liberté de détruire ni même d'altérer le moins du monde l'effet de la donation. Au reste il n'est pas contraire à la nature des donations entre-vifs qu'elles soient révocables sous quelque condition casuelle qui ne dépende pas de la volonté du donateur, et elles peuvent être valablement faites à la charge de révocation sous quelques-unes de ces conditions.

C'est en conséquence de l'irrévocabilité que nous disons être de l'essence des donations entre-vifs, que les coutumes, en expliquant la maxime *donner et retenir ne vaut*, disent que c'est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose donnée; car cette faculté qu'il se réserve d'en disposer empêche que la donation ne soit irrévocable, et par conséquent détruit sa nature et la rend nulle.

§. III. Plusieurs conséquences tirées de la nécessité de la tradition et de l'irrévocabilité des donations entre-vifs.

Il suit de là 1° qu'on ne peut donner ses biens à venir; car cette donation péche, et par le défaut de tradition, puisque le donateur ne peut pas se dessaisir de ce qu'il n'a pas encore; et par le défaut d'irrévocabilité, car, étant en la liberté du donateur d'acquérir ou de ne pas acquérir des biens, il demeureroit en sa liberté de donner ou de ne pas donner d'effet à la donation.

De là il suit 2° qu'on ne peut donner sous une condition qui dépende de la volonté du donateur, même ses biens présens, ni quelque chose particulière; car cette donation péche par le défaut d'irrévocabilité, le donateur étant le maître, en faisant manquer la condition, d'en anéantir l'effet.

De là il suit 3° qu'on ne peut donner à la charge de payer les dettes que le donateur contractera par la suite : cette donation péche par le défaut d'irrévocabilité; car le donateur, ayant la liberté d'en contracter tant qu'il lui plaira, conserve la liberté de disposer des biens qu'il a donnés, et de détruire entièrement l'effet de sa donation, en l'absorbant par les dettes qu'il contractera. (Ordonnance de 1731, art. 16.)

De là il suit 4° que si la donation étoit faite à la charge de payer les dettes que le donateur contractera, jusqu'à concurrence néanmoins d'une certaine somme, la donation ne sera pas à la vérité entièrement nulle, mais elle le sera jusqu'à la concurrence de cette somme, quand même le donateur n'auroit pas usé de cette liberté et n'auroit contracté aucune dette. Car le donateur ayant eu la liberté de diminuer l'effet de sa donation jusqu'à concurrence de cette somme, il s'ensuit qu'elle n'a pas été irrévocable jusqu'à la concurrence de cette somme, et par conséquent qu'elle est nulle jusqu'à cette concurrence. (Ordonnance de 1731, art. 16.)

Par la même raison, si quelqu'un avoit donné tous ses biens présens à quelqu'un, en se réservant néanmoins la faculté de disposer ou de tester d'une certaine somme; quand bien même il seroit dit expressément par l'acte que la somme, au cas qu'il n'en eût pas disposé, demeureroit comprise en la donation, néanmoins la donation seroit nulle jusqu'à concurrence de cette somme, parce qu'elle n'étoit pas irrévocable jusqu'à la concurrence de cette somme.

De là il suit 5° que l'ordonnance de 1731, art. 15, a fort

bien décidé que la donation des biens présens et à venir n'étoit pas valable, quand même le donataire auroit été mis en possession des biens présens (ordonnance de 1731, art. 15), parce que cette donation contenant en soi la charge de payer toutes les dettes que le donateur contractera, elle péche par le défaut d'irrévocabilité, puisque le donateur, en se réservant la liberté de charger son donataire des dettes qu'il contractera, se réserve par là indirectement la liberté d'anéantir la donation des biens, même présens, en contractant des dettes qui absorbent tant les biens qu'il acquerra que les présens.

La jurisprudence, avant l'ordonnance, étoit contraire à cette décision, et on jugeoit que la donation n'étoit nulle que pour les biens à venir, et que le donataire n'étoit pas chargé des dettes contractées depuis la donation, ces dettes étant une charge des biens à venir qu'il n'avoit pas, et non des biens présens. (Arrêts des 24 mai 1718, janvier 1719, au septième tome du Journal des audiences.)

Mais le sentiment qu'a embrassé l'ordonnance, et qui est aussi celui de Ricard, paroît bien plus conforme aux principes; car le donateur qui avoit donné ses biens présens et à venir n'avoit pas entendu faire deux donations, l'une de ses biens présens, à la charge de ses dettes présentes, et l'autre de ses biens à venir, à la charge des dettes qu'il contracteroit; mais il n'avoit entendu faire qu'une seule et même donation, et par conséquent la charge de payer les dettes qu'il contracteroit, qui étoit inhérente à cette donation, étoit, dans l'intention du donateur, une charge de tout ce qu'il donnoit des biens présens comme des biens à venir.

La jurisprudence, qui avant l'ordonnance étoit contraire à cette décision, n'a été abrogée que pour l'avenir. C'est pourquoi on doit même encore aujourd'hui décider à l'égard des donations des biens présens et à venir faites avant la publication de l'ordonnance de 1731, qu'elles sont valables pour les biens que le donateur avoit lors de la donation.

Lorsque quelqu'un fait donation entre-vifs d'une rente d'une certaine somme dont il se constitue le débiteur, la clause apposée à cette donation, que le donateur n'en paiera pendant sa vie les arrérages que selon sa commodité, n'est pas contraire au caractère d'irrévocabilité que doivent avoir les donations pour être valables; car cette clause ne rend pas le donateur maître de n'être pas débiteur de la rente qu'il a

donnée; elle lui donne seulement une exception que tout donateur avoit par les lois romaines. *Ne ultrà quàm facere potest exigatur.*

§. IV. Exception à l'égard des donations faites par contrat de mariage.

Les donations faites par contrat de mariage aux conjoints, ou à ceux qui naîtront du mariage, par quelque personne que ce soit, ne sont pas sujettes aux règles établies dans les paragraphes précédens, et ne peuvent être attaquées de nullité faute de tradition ou d'irrévocabilité.

C'est pourquoi, 1° l'ordonnance de 1731, art. 17, décide que ces donations peuvent comprendre les biens à venir, et que, lorsque la donation par contrat de mariage a été faite des biens présens et à venir, il est au choix du donataire, ou d'accepter tous les biens tels qu'ils se trouvent lors du décès du donateur, en se chargeant de toutes les dettes même postérieures à la donation, ou de s'en tenir aux biens existans lors de la donation, en se chargeant seulement des dettes et charges qui existoient audit temps.

2° Elle décide que ces donations faites par contrat de mariage peuvent être faites sous des conditions qui dépendent de la volonté du donateur;

3° Qu'elles peuvent être faites à la charge de payer les dettes qu'il contractera;

4° Que le donateur peut dans ces donations se réserver la faculté de disposer de certaines choses ou de certaines sommes, et que lorsqu'il meurt sans en avoir disposé, ces choses demeurent comprises en la donation. (Ordonnance de 1731, art. 18.)

ARTICLE III.

De l'insinuation des donations.

On appelle *insinuation* la description qui est faite de l'acte de donation dans un registre public.

Par le droit romain, suivant les constitutions de Constantin et de Valentinien, les donations, pour être valables, devoient être insinuées lorsque elles excédoient une certaine somme. (Voyez notre titre des donations, dans nos Pandectes.)

Dans notre droit françois, la première loi qui les y a assujetties est l'ordonnance de 1539; elle a été confirmée en ce

point par l'ordonnance de Moulins, et enfin de nos jours par l'ordonnance de 1731.

Le motif de ces lois est afin que ceux qui contracteroient par la suite avec le donateur, et ceux qui accepteroient sa succession, qu'ils croiroient opulente, ne fussent pas induits en erreur par l'ignorance où ils seroient des donations.

§. I. Quelles donations sont sujettes à l'insinuation.

Toutes les donations entre-vifs, quelles qu'elles soient, sont sujettes à l'insinuation.

L'ordonnance de 1539 s'étant exprimée en termes généraux, on fit la question de savoir si les donations rémunératoires étoient comprises dans la disposition de la loi. La raison de douter étoit que ces donations, que le devoir d'une juste reconnoissance engage le donateur à faire, ne sont pas proprement des donations; car, suivant Julien, une donation n'est proprement une donation que lorsque quelqu'un donne sans avoir aucun sujet de donner que celui d'exercer sa libéralité. *Dat aliquis eâ mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti : et propter nullam aliam causam facit, quàm ut liberalitatem et munificentiam exerceat. Hæc propriè donatio appellatur.* L. 1, ff. *de donationib.*

Cette question fut décidée par la déclaration rendue en interprétation de l'ordonnance de 1639, qui porte que toutes les donations, encore bien qu'elles soient simples, ains rémunératoires, ou autrement causées, sont sujettes à l'insinuation.

L'ordonnance de 1731, art. 20, porte aussi que même les donations rémunératoires doivent être insinuées.

Il y avoit peu lieu de douter que les donations rémunératoires qui contiennent une énonciation vague de services incertains, dussent être sujettes à l'insinuation; autrement il auroit été au pouvoir du notaire et des contractans d'éluder quand ils voudroient la disposition de l'ordonnance, en insérant dans l'acte cette clause, qui, par la suite, seroit devenue de style, et auroit rendu la loi sans effet.

Il y auroit plus de difficulté à l'égard des donations qui seroient faites pour récompense de services certains et désignés par l'acte de donation. Néanmoins celles-ci sont aussi sujettes à l'insinuation, si les services en récompense desquels la donation a été faite, quoique constans, sont des services qui ne sont pas appréciables à prix d'argent, et pour lesquels le do-

nataire n'auroit aucune action contre le donateur pour en être récompensé; car, quoiqu'une donation faite pour récompense de tels services ne soit pas si parfaite que la donation simple, néanmoins c'est toujours vraiment une donation, puisque le donateur donne sans qu'il soit besoin de donner. C'est ici *liberalitas nullo jure cogente facta.*

Que si les services en récompense desquels la donation a été faite étoient et constans et appréciables à prix d'argent, mais que le prix desdits services fût inférieur en valeur à la chose donnée, ce seroit encore une donation qui, faute d'insinuation, seroit nulle, sauf au donataire d'exercer ses actions pour se faire payer du juste prix des services par lui rendus.

Que si le prix de ces services est égal à la valeur de la chose donnée, en ce cas cette donation rémunératoire n'en a que le nom, et quoique le donataire l'ait qualifiée telle, elle n'est pas en effet une donation rémunératoire, mais une donation en paiement, une vente de la chose donnée pour la somme due à l'acquéreur pour le prix de ses services; et par conséquent un tel acte n'est pas sujet à l'insinuation.

On a fait la même question à l'égard des donations onéreuses qu'à l'égard des donations rémunératoires : c'étoit la même raison de douter. On disoit que ces donations onéreuses ne sont pas proprement et parfaitement des donations, étant du caractère de la donation parfaite de n'avoir d'autre cause que celle d'exercer une libéralité. Néanmoins, l'ordonnance de Moulins assujettit en termes formels à l'insinuation les *donations onéreuses.*

Cela doit s'entendre des donations dont les charges ne sont pas appréciables à prix d'argent, telles que sont celles faites à la charge de services et fondations, que l'ordonnance de 1731, art. 20, déclare par cette raison être de vraies donations sujettes à l'insinuation.

Quand même les charges seroient appréciables à prix d'argent, si le prix est de beaucoup inférieur à celui de la chose donnée, c'est encore en ce cas une donation qui pourra être anulée faute d'insinuation, réservant au donataire son action pour se faire payer s'il a accompli ces charges.

Que si les charges que le donateur a stipulées à son profit sont charges appréciables, et dont le prix égale à peu près l'héritage donné, ce n'est pas une donation, et par conséquent il n'est pas besoin d'insinuation. Cela a été jugé par arrêt du

3 avril 1716, au 6ᵉ tome du Journal des audiences, dans l'espèce d'une donation faite à la charge de nourrir le donateur, la valeur des choses données n'excédant pas le prix de cette charge.

On a douté si les donations mutuelles avoient besoin d'insinuation. La raison de douter étoit que ces donations n'en avoient que le nom et étoient plutôt des contrats intéressés.

L'ordonnance de Moulins a décidé qu'elles y étoient sujettes. Malgré le texte formel de cette ordonnance, Ricard a soutenu que les donations mutuelles, lorsqu'il y avoit parfaite égalité, et dans ce qui étoit donné de part et d'autre et par rapport aux personnes des donateurs, qui étoient l'un et l'autre en santé, n'étoient pas sujettes à insinuation, ces donations n'ayant de la donation que le nom, puisque dans ce contrat chacun reçoit autant qu'il donne. Ce sentiment de Ricard est manifestement contraire au texte de l'ordonnance de Moulins. En vain Ricard dit que l'ordonnance de Moulins n'a entendu parler que des donations mutuelles inégales : c'est donner un sens ridicule à cette ordonnance que de dire qu'en assujettissant les donations mutuelles à l'insinuation, elle n'y assujettit que celles qui ne sont pas parfaitement mutuelles, mais qui ne le sont que *aliquatenùs*. Aussi le sentiment de Ricard n'a pas été suivi, et il est aussi réprouvé par l'ordonnance de 1731, qui dit que les donations mutuelles sont sujettes à l'insinuation quand même elles seroient parfaitement égales. La raison en est que, quoique les donations mutuelles ne soient pas proprement des donations et ne contiennent pas une vraie libéralité, néanmoins il suffit que le donateur se soit dépouillé de ses biens sans avoir reçu à la place qu'une espérance qui n'a pas eu d'effet, pour que le motif de l'ordonnance qui a assujetti les donations à l'insinuation s'y rencontre; car ce motif tendant à la fin de ne pas induire en erreur les héritiers qui accepteroient la succession et les tiers qui contracteroient avec lui, dans l'ignorance où ils seroient les uns les autres qu'il s'est dépouillé de ses biens par des donations, peu importe, pour remplir cette vue, qu'il s'en soit dépouillé par une parfaite libéralité ou par un don mutuel, pourvu qu'il s'en soit dépouillé.

On a demandé si les donations par contrat de mariage sont sujettes à l'insinuation. Quoique elles soient dispensées des autres formalités des donations, elles ne sont pas dispensées de

l'insinuation. Néanmoins, il faut à cet égard distinguer celles qui sont faites à l'un des conjoints par quelqu'un des ascendans, et celles qui leur sont faites par d'autres personnes, et celles que les conjoints se font entre eux.

L'ordonnance de 1731, art. 19, excepte les premières de la nécessité de l'insinuation. Ricard avoit été aussi de cet avis. La raison en est que l'obligation de doter les enfans étant de la part des ascendans une obligation naturelle, ces donations ne sont pas tant des donations que l'acquittement d'une dette naturelle. D'ailleurs les mariages étant publics, et les ascendans qui marient leurs enfans étant présumés les doter lorsqu'ils les marient, ces donations ne peuvent être ignorées, et par conséquent n'ont pas besoin de l'insinuation pour être rendues publiques.

Ricard avoit limité son sentiment aux donations qui seroient faites *intra legitimum modum;* mais cette limitation trop scrupuleuse n'a pas été suivie par l'ordonnance.

Les donations, quoique faites par les ascendans, ailleurs que par contrat de mariage, sont sujettes à l'insinuation, l'ordonnance n'ayant excepté que celles faites par contrat de mariage.

On pourroit peut-être néanmoins étendre la disposition de l'ordonnance aux donations faites par un ascendant pour le titre clérical du donataire, lorsqu'elle n'excède pas la somme réglée pour le titre clérical, y ayant une très-grande parité de raison.

Il en est de même de la donation faite par un ascendant pour la profession religieuse du donataire, dans un couvent où il est permis de recevoir des dots, lorsque la donation n'excède pas ce qu'il est permis de donner pour ces dots.

Par la même raison, les donations de la seconde espèce faites par contrat de mariage, c'est-à-dire celles faites aux conjoints par autres personnes que par les ascendans, sont sujettes à l'insinuation, puisque l'ordonnance n'a excepté que celles faites par les ascendans, et que d'ailleurs la même raison ne s'y rencontre pas, n'y ayant aucune obligation naturelle de doter de la part des collatéraux et étrangers.

Enfin, les donations par contrat de mariage de la troisième espèce, c'est-à-dire celles faites par les conjoints entre eux, sont sujettes à l'insinuation.

Mais on n'y doit pas comprendre les conventions ordinaires des contrats de mariage, quoique elles contiennent un titre lu-

cratif, tel est l'augment dans le pays de droit écrit, et dans le pays coutumier, le douaire, le préciput d'une certaine somme, soit en argent, soit en effets mobiliers. (Ordonnance de 1731, art. 21.)

La convention que les biens de communauté demeureroient en entier au survivant, à la charge de payer une somme modique aux héritiers du prédécédé, doit passer pour une simple convention et une loi de contrat de communauté, plutôt que pour une donation, et elle n'est pas en conséquence sujette à l'insinuation.

On a jugé aussi que la convention que le conjoint jouiroit en usufruit des biens du prédécédé étoit une convention matrimoniale plutôt qu'une donation, et par conséquent non sujette à l'insinuation. (Arrêt du 8 août 1719.)

Il faut observer que quoique les donations faites par le mari à la femme par le contrat de mariage soient sujettes à l'insinuation, néanmoins les héritiers du mari ne peuvent lui en opposer le défaut. (Ordonnance de 1731, art. 30.) La raison en est que le mari, comme administrateur des biens de sa femme, ayant été obligé à la faire faire, il est responsable envers sa femme de ce défaut : d'où il suit que les héritiers du mari ne sont pas recevables à opposer un défaut, dont en leur qualité d'héritiers ils se trouvent responsables.

Néanmoins, si dans le pays de droit écrit la donation eût été faite à la femme pour lui tenir lieu de biens paraphernaux; comme le mari n'a pas l'administration de ces sortes de biens que la femme a droit d'administrer elle-même sans son mari, il ne peut être à cet égard responsable du défaut d'insinuation, et par conséquent le défaut en peut être opposé par les héritiers du mari. (Ordonnance de 1731, art. 30.)

Les donations sont sujettes à l'insinuation, quelles que soient les choses qui en soient l'objet : néanmoins, les donations des choses mobilières en sont dispensées en deux cas.

Le premier est lorsqu'il y a tradition réelle. La raison en est que les meubles n'ont pas de suite, et que leur fréquent commerce et leur nature à passer successivement dans beaucoup de mains oblige à dispenser de toutes formalités les dispositions qui se font de ces sortes de choses lorsqu'elles sont suivies de tradition réelle.

Le second cas auquel les donations de meubles sont dispensées de l'insinuation, c'est lorsqu'il n'y a pas à la vérité de

tradition réelle, mais que leur valeur n'excède pas la somme de 1000 livres. La modicité, en ce cas, les a fait dispenser de la nécessité de l'insinuation.

On a demandé si la donation des biens à venir, faite par contrat de mariage par d'autres que par les ascendans, étoit sujette à l'insinuation. Il semble qu'elle ne devroit pas l'être, car les motifs qui ont fait établir l'insinuation ne se rencontrent pas à l'égard de ces donations, puisque ces donations n'étant pas des choses qui ne restent au donataire que lors du décès du donateur, à la charge de toutes les dettes que devra lors ce donateur, il n'y a aucun lieu de craindre qu'elles puissent induire en erreur préjudiciable ni ceux qui contracteront par la suite avec le donateur, ni ses héritiers. Néanmoins, la jurisprudence a assujetti ces sortes de donations, et même les institutions contractuelles, à l'insinuation. Lemaître en apporte une raison assez mauvaise, qui est de dire qu'il est toujours nécessaire que ces donations soient publiques, si ce n'est pour ceux qui contracteront avec le donateur, au moins pour ceux qui contracteront avec ses héritiers présomptifs, comptant sur l'espérance de la succession, qu'ils ignoroient leur être ôtée par les donations. Il valoit mieux ne pas dire de raison que d'en dire une si pitoyable. Il faut plutôt dire que les héritiers du donateur ne laissent pas d'avoir intérêt de connoître ces donations, afin de ne pas accepter la succession du donateur; car quoiqu'en l'acceptant ils eussent un recours pour les dettes contre le donataire jusqu'à concurrence des choses dont nées, ils ont néanmoins grand intérêt de ne la pas accepter, ce recours ne les mettant pas à couvert des poursuites des créanciers, étant souvent mauvais ou accompagné de discussions.

Les donations sont sujettes à l'insinuation, quelles que soient les personnes entre qui elles sont faites. Il faut en excepter néanmoins celles faites au roi. La raison en est que les lois n'obligent que les sujets et non le souverain : il ne peut donc être assujetti à la loi de l'insinuation.

Vice versâ, celles faites par le roi n'y sont pas assujetties : la première ordonnance qui a établi les insinuations, et qui est celle de 1539, y est formelle.

Au reste, il ne faut pas conclure de ces termes que les donations faites soit par un étranger à un François, soit par un François à un étranger, ne soient pas sujettes à l'insinuation; car, comme l'observe Ricard, les lois exercent leur empire sur

tous les biens du royaume. L'étranger, par rapport à la disposition ou à l'acquisition qu'il fait de ces biens, y est sujet, et peut à cet égard être compris sous le terme de *nos sujets*.

§. II. Où l'insinuation doit-elle être faite?

Suivant les anciennes ordonnances, l'insinuation devoit se faire dans les greffes des juridictions royales du domicile du donateur et des lieux où les choses données étoient situées. Le roi, par édit de 1703, ayant établi des greffes des insinuations dans chaque juridiction royale, les insinuations ont cessé de pouvoir se faire dans les greffes ordinaires des juridictions royales, et ont dû se faire dans ces nouveaux greffes.

Depuis, ayant été permis aux greffiers des insinuations d'établir des bureaux d'arrondissement dans les justices des seigneurs, il s'éleva la question de savoir si les insinuations étoient valablement faites dans ces bureaux d'arrondissement. Cette question fut décidée par la déclaration du roi, du 10 novembre 1717, qui décida que les insinuations qui avoient été faites, et qui seroient faites par la suite dans ces bureaux, seroient aussi valables que si elles eussent été faites aux greffes des insinuations des juridictions royales.

Depuis, par la déclaration du 7 février 1731, le roi a voulu que les insinuations ne pussent se faire qu'aux greffes des insinuations établis près les juges royaux ressortissant nuement aux cours, et qui ont la connoissance des cas royaux.

Les lois touchant les lieux où l'insinuation doit se faire ayant été différentes, selon les différens temps, est-ce la loi du temps où la donation a été faite, ou celle du temps où l'insinuation se fait, qui doit décider? C'est la loi qui a lieu au temps où l'insinuation se fait. La déclaration de 1731 déclare nulles toutes les insinuations qui se feront à l'avenir; elle dit indistinctement : Les insinuations des donations qui se feront à l'avenir. Le bureau, qui étoit compétent lors de la donation, ayant cessé de l'être, on ne peut plus faire l'insinuation dans un bureau devenu incompétent.

L'insinuation devant se faire dans la juridiction du domicile du donateur, s'il en a changé, est-ce dans le lieu du domicile qu'il avoit lors de la donation, ou dans celui du domicile qu'il avoit lors de l'insinuation, qu'elle doit être faite? Ricard fait à cet égard une distinction qui est que, si l'insinuation est faite dans le temps porté par l'ordonnance, comme en ce cas

l'insinuation a un effet rétroactif au temps de la donation, et qu'elle vaut dès ce temps, elle doit être faite dans le lieu du domicile que le donataire avoit lors de la donation; si elle ne se fait qu'après le temps porté par l'ordonnance, comme en ce cas cette insinuation ne vaut que du jour qu'elle est faite, elle doit se faire au lieu du domicile qu'a le donateur lorsqu'elle est faite.

A l'égard de la disposition des ordonnances qui porte que les donations seront aussi insinuées dans les lieux où les choses données sont situées, il est évident qu'elle ne peut avoir lieu pour les choses qui par leur nature n'ont pas de situation, tels que sont les meubles. Les donations des meubles ne sont donc sujettes qu'à l'insinuation du lieu du domicile.

Les choses incorporelles n'ont pas aussi de situation, n'y ayant que les corps qui en soient susceptibles : or tous les droits, toutes les choses *quæ in jure consistunt*, sont comprises parmi les choses incorporelles; d'où il semble suivre que les donations de toutes ces choses ne sont sujettes qu'à l'insinuation du domicile.

Néanmoins, comme les droits qu'on a dans quelque héritage *jura in re*, tels que les droits d'usufruit, de rente foncière, de champart, sont en quelque façon comme une partie de l'héritage, la donation de ces sortes de droits est sujette à l'insinuation dans la juridiction du lieu où est situé l'héritage.

En est-il de même des droits *ad rem?* Par exemple, si quelqu'un avoit donné à un autre le droit qu'il avoit de se faire livrer un héritage, la donation devroit-elle être insinuée au lieu de la situation de l'héritage? Je le pense; car donner un droit qui se termine et se résout dans l'héritage, c'est comme si on donnoit l'héritage même.

A l'égard des autres droits et créances qui ne se terminent qu'à quelque chose de mobilier, comme aussi à l'égard des rentes constituées, soit perpétuelles, soit viagères, la donation de ces sortes de choses n'est sujette qu'à l'insinuation au lieu du domicile du donateur, ces sortes de choses n'ayant pas de situation.

Il y a néanmoins certaines rentes qui, à cause du bureau de paiement qu'elles ont dans un certain lieu, sont censées avoir leur assiette et situation au lieu où est ce bureau; comme sont celles sur l'hôtel-de-ville de Paris, etc. D'où il suit que les

donations de ces rentes doivent être insinuées en la juridiction de ce lieu, comme lieu de la situation des choses données.

Les offices, quoique êtres incorporels, sont censés avoir une situation au lieu où s'en fait l'exercice, et par conséquent la donation d'un office doit être insinuée en ce lieu.

On a demandé si la donation des droits successifs appartenans au donateur, ou des biens présens du donateur, devoit être insinuée au lieu où étoient situés les héritages compris dans la succession ou dans les biens donnés. La raison de douter est que, dans les droits successifs, une universalité de biens est considerée comme une universalité des corps qui la composent. Néanmoins, comme les corps qui y sont compris sont réellement et effectivement donnés par la donation de l'universalité qui les comprend, il faut dire que l'insinuation doit être faite au lieu où ils sont situés.

Il en est autrement de la donation des biens qui se trouveront lors du décès du donateur. Comme cette donation ne comprend aucun corps certain, l'insinuation du domicile suffit.

Lorsque d'une terre et seigneurie qui a été donnée dépendent plusieurs corps ou pièces d'héritages situés en différentes juridictions, Ricard et Lalande sont d'avis qu'il suffit de faire l'insinuation en la juridiction du lieu où est situé le chef-lieu. Ce sentiment est fort plausible; car le chef-lieu est représentatif de tout ce qui en dépend. Il est néanmoins plus sûr de faire l'insinuation dans les différens lieux. On pourroit peut-être user ici de la distinction que l'édit des criées met entre les fiefs et les héritages censuels, et dire qu'à l'égard des fiefs il suffit de faire l'insinuation en la justice royale, et qu'à l'égard des héritages censuels il faut la faire dans les différens lieux.

§. III. Comment et quand doit-on faire l'insinuation?

L'insinuation se fait en transcrivant dans les registres publics, destinés pour cet effet, l'acte de donation. Il faut que ce soit l'acte même de donation qui soit ainsi transcrit; il ne suffiroit pas d'en transcrire un qui la confirmeroit, à moins que l'acte de donation ne s'y trouvât inséré en entier.

Au reste, il n'importe par qui se fasse cette insinuation; tout porteur de l'acte le peut, quand même il n'auroit pas de mandat pour cela; car la loi, en ordonnant l'insinuation, n'a eu autre chose en vue que de rendre la donation publique. La fin est remplie lorsqu'elle est transcrite dans les registres pu-

blics, et il est indifférent pour cette fin par qui l'insinuation soit faite, pourvu qu'elle soit faite.

L'insinuation doit être faite dans les quatre mois du jour de la date de la donation, pour le regard des personnes et biens qui sont dans le royaume, et dans six pour ceux qui sont hors du royaume.

Lorsque la donation a été acceptée *ex intervallo*, par un acte différent, le temps des quatre mois ne court que du jour de l'acceptation, car la donation n'est parfaite et n'est donation que de ce jour, et l'insinuation n'auroit pu se faire auparavant, puisque l'insinuation suppose nécessairement une donation, et qu'il n'y a proprement pas de donation avant l'acceptation, mais un simple projet.

Que si une donation a été faite sous une condition suspensive, le temps courroit du jour de la donation, et non pas seulement du jour de l'échéance de la condition. La raison en est que encore que la donation soit en suspens jusqu'à l'échéance de la condition, néanmoins, lorsque la condition vient à exister, elle a un effet rétroactif, et la donation vaut du jour du contrat, suivant le principe de droit commun à tous les actes entre-vifs, que les conditions de ces actes ont un effet rétroactif au temps du contrat.

Que si la donation conditionnelle est donation dès le temps de sa date, il s'ensuit que le temps de l'insinuation doit courir du jour de la date, et non pas seulement du jour que la condition a existé; autrement on ne satisferoit pas aux ordonnances.

Lorsque le donateur a confirmé sa donation par un acte subséquent, si le premier acte étoit valable, le temps court du jour de la donation, et non pas du jour de la confirmation, qui est un acte inutile, le donateur ne pouvant plus donner ce qui a cessé d'être à lui. C'est pourquoi on ne doit pas distinguer avec Ricard si cet acte étoit revêtu des formes de la donation.

Lorsque l'insinuation se fait dans le temps de l'ordonnance, elle a un effet rétroactif au temps du contrat, c'est-à-dire qu'elle est également valable, comme si elle eût été faite dès l'instant du contrat.

D'où il suit 1° que lorsqu'elle se fait dans le temps de l'ordonnance, il n'importe qu'elle se fasse du vivant ou après la mort du donateur.

2° Il suit que, lorsqu'elle se fait dans le temps de l'ordonnance, elle est valable, même à l'égard des tiers qui auroient contracté avec le donateur dans le temps intermédiaire entre la

donation et l'insinuation. Ces tiers, par exemple, ne pourront prétendre aucune hypothèque sur les choses données, parce que, l'insinuation remontant au temps de la donation, ils n'en ont pu acquérir sur les choses données, qui dès le temps de la donation avoient cessé d'appartenir au donateur avec qui ils ont contracté.

L'insinuation qui ne se fait qu'après le temps de l'ordonnance n'est pas tout-à-fait inutile, pourvu qu'elle se fasse du vivant du donateur ; mais elle n'a d'effet que du jour de sa date ; et en cela elle diffère de celle qui se fait dans le temps de l'ordonnance, dont l'effet remonte à la date de la donation.

De là il suit que la donation ne pourra être opposée aux créanciers qui auroient contracté avec le donateur dans le temps intermédiaire entre la donation et cette insinuation faite après le temps de l'ordonnance, lesquels pourront exercer leurs hypothèques sur les choses données ; et de même tous les autres tiers au profit desquels le donateur auroit, depuis la donation, dans ledit temps, disposé des choses données, ou de quelque droit sur lesdites choses, pourront pareillement les demander contre le donataire, qui ne pourra leur opposer sa donation. Mais le donataire n'aura rien à craindre de tous ceux avec lesquels le donateur contracteroit depuis l'insinuation, non plus que des héritiers du donateur.

A l'égard de l'insinuation qui ne se feroit qu'après le temps de l'ordonnance, et après la mort du donateur, elle seroit absolument nulle; car les héritiers du donateur ayant une fois acquis, faute d'insinuation, dès l'instant de la mort du donateur, un droit aux choses données, ils ne peuvent plus en être dépouillés par l'insinuation qui se feroit depuis.

L'insinuation ne peut à la vérité se faire après la mort du donateur, lorsque le temps de l'ordonnance est passé; mais peu importe, lorsqu'elle se fait, que le donataire ait perdu la capacité de donner ; et en cela l'insinuation est différente de l'acceptation. La raison de différence est que l'acceptation est nécessaire pour former la donation, qui ne peut sans cela exister. Or il est évident qu'elle ne peut plus se former dans un temps où le donateur n'est plus capable de donner. Il n'en est pas de même de l'insinuation : elle n'est pas requise pour former la donation, mais seulement pour sa publicité. La donation a toute sa forme intrinsèque indépendamment de l'insinuation ; elle est valable entre le donateur et le donataire. Il est donc

indifférent que lors de l'insinuation le donateur ait conservé ou non la capacité de donner; il suffit qu'il l'ait eue lors de la donation.

Il importe aussi fort peu, pourvu que le donateur vive, que l'insinuation se fasse du vivant ou après la mort du donataire. (Ordonnance de 1731, art. 26.)

§. IV. Par qui le défaut d'insinuation peut-il être opposé?

L'insinuation des donations n'ayant été requise par les ordonnances que pour les rendre publiques, et afin, comme nous l'avons déjà dit, de ne pas induire en erreur ceux qui par la suite contracteroient avec le donateur, et ceux qui seroient appelés à sa succession, il s'ensuit que le défaut d'insinuation ne peut être opposé par le donateur, puisque ce n'est pas par rapport à lui que l'insinuation a été ordonnée, et qu'il ne peut y avoir aucun intérêt. Cela est d'ailleurs formellement décidé par l'ordonnance de Moulins, article 58, qui porte : « Faute de » ladite (insinuation) seront nulles et de nul effet, tant en » faveur des créanciers que de l'héritier du donnant; » et par l'article 27 de l'ordonnance de 1731.

A l'exception du donateur lui-même, toutes les autres personnes ont intérêt à la nullité de la donation, et peuvent opposer le défaut d'insinuation, et la soutenir nulle par ce défaut.

Non-seulement les créanciers et les acquéreurs à titre onéreux peuvent opposer ce défaut, les donataires postérieurs à la donation et les légataires le peuvent aussi. L'ordonnance de 1731, article 27, le décide en termes formels. Il est vrai que le défaut de publicité de la donation ne leur fait pas courir le même risque que courent des créanciers et des acquéreurs à titre onéreux qui contracteroient avec le donateur, et que courent les héritiers du donateur, puisque ceux-ci peuvent perdre leur propre bien en contractant avec le donateur que ses donations auroient rendu insolvable, ou en acceptant la succession devenue mauvaise; mais l'intérêt de ceux-ci ayant une fois fait établir la nécessité de l'insinuation pour la validité des donations, tous les autres, quoiqu'ils aient un intérêt beaucoup moindre à la publicité des donations, et qui seul auroit été suffisant pour faire porter la loi, profitent de la loi portée, et sont reçus à opposer le défaut d'insinuation, pour l'intérêt qu'ils y ont, quel qu'il soit. Or on ne peut nier que ce donataire postérieur n'eût un intérêt de connoître la première

donation; car la connoissance qu'il en auroit eue, en empêchant d'accepter la donation postérieure qui lui en auroit été faite, l'auroit préservé du regret qu'il auroit de n'avoir pas une chose qu'il auroit comptée à lui; regret qu'on n'a pas lorsqu'on n'a jamais compté que la chose nous appartînt.

On peut ajouter, à l'égard du donataire, que l'héritier étant débiteur envers le légataire de la chose léguée, le légataire peut exercer les droits de l'héritier son débiteur, et par conséquent exercer le droit qu'a l'héritier d'opposer le défaut d'insinuation pour retenir ou revendiquer les choses données.

Les héritiers du donateur peuvent aussi opposer le défaut d'insinuation. La raison de douter étoit qu'un héritier est obligé d'entretenir tous les engagemens contractés par le défunt. *Cùm succedat in omne jus defuncti.* Mais l'intérêt public a fait décider que les héritiers pourroient opposer ce défaut, pour que ce defaut de connoissance de la donation n'engageât pas des héritiers à accepter une succession onéreuse, dans laquelle ils croiroient être compris les biens que le défunt a donnés.

Par la même raison, lorsque le mari a donné entre-vifs un conquêt de sa communauté, et qu'il prédécède, sa veuve pourra aussi bien que les héritiers opposer le défaut d'insinuation pour la part qu'elle a droit de prétendre comme commune dans ce conquêt; car elle a intérêt d'en avoir connoissance, pour prendre son parti sur l'acceptation de la communauté.

Même du vivant du mari, la femme en cas de séparation, ou les héritiers de la femme en cas de prédécès de la femme, peuvent opposer ce défaut, par la même raison.

Il est bon d'observer que Lebrun va trop loin lorsqu'il dit que la femme ou ses héritiers pourroient opposer le défaut d'insinuation pour leur part dans le conquêt donné, même dans les quatre mois depuis la donation; parce que, dit-il, la communauté ayant été dissoute, quoique avant les quatre mois, le mari, n'étant plus le maître de la communauté, ne peut perfectionner par l'insinuation la donation qu'il a faite de ce conquêt. La réponse est que l'insinuation n'appartient pas proprement à la perfection, mais à la publicité de la donation. Elle a été parfaite par le contrat, mais sujette à être annulée vis-à-vis du tiers, si le donataire ne satisfaisoit pas à la loi, qui exige l'insinuation. Mais tant que les quatre mois ne sont pas expirés il n'est pas en demeure et ne doit donc pas perdre l'effet de la donation, puisque l'insinuation qu'il fait avant

l'expiration du terme a un effet rétroactif, comme nous l'avons vu ci-dessus.

Si le créancier ou l'héritier du donateur avoit eu connoissance de la donation; par exemple, s'ils eussent reçu l'acte comme notaires, s'ils l'eussent souscrit comme témoins, pourroient-ils opposer le défaut d'insinuation? Je le pense. Car, quoique la raison qui a fait introduire la nécessité de l'insinuation ne se rencontre pas à leur égard, néanmoins il suffit que les ordonnances aient introduit ce moyen de rendre publiques les donations, pour qu'il ne puisse être accompli par équipollence, et pour que tous ceux qui ont intérêt à la publicité de la donation, quelque connoissance particulière qu'ils en aient, soient reçus à en prétendre cause d'ignorance tant qu'elle n'est pas publique par le moyen que la loi a introduit pour sa publicité. On peut encore dire que, depuis que les ordonnances ont introduit l'insinuation pour éviter qu'il ne se fît des donations simulées, il résulte du défaut d'insinuation une présomption que ces donations, qu'on a voulu tenir cachées en ne les faisant pas insinuer, sont des *insinuations simulées*, et ceux mêmes qui en ont connoissance ont droit d'en porter ce jugement, et par conséquent d'opposer le défaut d'insinuation.

§. V. Quelles exceptions peut-on opposer ou non contre le défaut d'insinuation?

La meilleure exception qu'on puisse opposer contre le défaut d'insinuation, est que celui qui oppose le défaut d'insinuation se trouve responsable envers le donataire de ce défaut.

Cela arrive toutes les fois que celui qui oppose le défaut d'insinuation se trouve avoir été l'administrateur des biens du donataire, et en cette qualité tenu de faire faire l'insinuation; ou bien encore lorsque celui qui oppose le défaut d'insinuation est l'héritier de cet administrateur, car en cette qualité il succède aux obligations de cet administrateur.

C'est par cette raison que l'ordonnance de 1731, art. 30, décide que les héritiers du mari ne pourront opposer le défaut d'insinuation des donations qu'il a faites à sa femme; car le mari, comme administrateur des biens de sa femme, étoit en cette qualité tenu de faire faire cette insinuation, et faute de l'avoir faite, il est obligé envers sa femme aux dommages et intérêts qui en résultent, laquelle obligation passe à ses héritiers. Or, il seroit contradictoire qu'une personne opposât le

défaut d'insinuation, lorsqu'elle est elle-même tenue des dommages-intérêts qui résultent de ce défaut.

Par la même raison, si un tuteur a fait une donation à son mineur, les héritiers de ce tuteur ne seront pas recevables à opposer le défaut d'insinuation, art. 31.

Par la même raison, si Pierre m'a fait une donation, mon tuteur, mon curateur, mon mari, ou son héritier, qui deviendroit par la suite héritier de Pierre, ou qui deviendroit créancier de Pierre, ne pourroit pas, en ladite qualité d'héritier ou de créancier de Pierre, m'opposer ce défaut, parce que je répliquerois qu'en la qualité qu'il a eue de mon tuteur, curateur ou mari, il est responsable envers moi de ce défaut.

Il paroîtroit suivre de là que si, par un contrat de donation, le donateur s'étoit, à peine de tous dépens ou dommages-intérêts, chargé de faire faire lui-même l'insinuation, son héritier ne pourroit en opposer le défaut au donataire. Néanmoins l'ordonnance, art. 27, décide le contraire et veut qu'une telle clause soit de nul effet. La raison est qu'une telle clause par laquelle le donateur, qui n'a aucune qualité pour défendre les intérêts du donataire, s'oblige à faire faire lui-même l'insinuation, paroît n'être faite que pour soustraire le donataire à la nécessité de l'insinuation, et pour rendre la donation secrète, et par conséquent faire en fraude des lois qui ordonnent l'insinuation. En effet, si cette clause étoit permise, il seroit toujours permis, par le moyen de cette clause, d'éluder l'ordonnance, au moins pour ce qui concerne l'intérêt des héritiers. Or toute clause en fraude des lois est de nul effet.

La puissance de quelqu'un en laquelle le donataire a été lui donne bien une défense contre cette personne en la puissance de qui il a été, ou contre les héritiers de cette personne qui lui opposeroient le défaut d'insinuation; mais elle ne lui donne aucune défense contre des tiers, quand même l'insolvabilité de la personne en la puissance de qui a été le donataire ne lui laisseroit aucun recours. C'est pourquoi les créanciers du mari peuvent opposer à la femme le défaut d'insinuation des donations qui lui auroient été faites par son mari, quoique la femme, pendant le temps qu'elle étoit en la puissance de son mari, n'ait pas eu la liberté de faire cette insinuation. La femme n'a d'autre ressource en ce cas qu'une action de recours contre les héritiers de son mari; et il en seroit de même quand elle n'auroit pas cette ressource, par l'insolvabilité de la succession

de son mari. C'est ce qui est décidé par l'article 28 de l'ordonnance de 1731. La raison en est que l'intérêt de la sûreté publique, qui milite en faveur des créanciers et des acquéreurs du donateur, ne permet pas que le donataire soit restituable, pour quelque cause que ce soit, contre l'omission de l'insinuation que cet intérêt de la sûreté publique demandoit.

Par la même raison, le défaut d'insinuation des donations faites à des mineurs ou à l'église peut leur être opposé, quand même l'insolvabilité de leurs tuteurs ou autres administrateurs ne laisseroit aucun recours. (Ordonnance de 1731, article 32.)

C'est une exception légitime contre le défaut d'insinuation qu'opposeroit l'héritier du donateur, si le donataire a possédé pendant trente ans l'héritage depuis la mort du donateur. Car le droit qu'a l'héritier d'opposer ce défaut consiste dans une action, *utile in rem*, et révocatoire, que la loi lui donne. Or cette action est sujette à la prescription commune des actions: ainsi le décide Ricard.

En vain dit-on que personne ne peut prescrire contre son propre titre, qui est vicieux et imparfait, et qu'ainsi le donataire ne peut prescrire contre le titre de sa donation, qui se trouve vicieux et imparfait par le défaut d'insinuation. La réponse est que la maxime qu'on ne peut prescrire contre son titre est ici mal appliquée par les auteurs qui ont traité cette question, et n'a lieu que lors de la prescription à l'effet d'acquérir. Par exemple, si une personne a commencé de posséder un héritage en vertu d'un bail à loyer, ou bien en vertu d'une vente faite par l'église sans les formalités requises, elle ne pourra, par quelque temps que ce soit, prescrire contre son titre et acquérir l'héritage, parce que tels titres, étant vicieux, n'ont pu lui donner qu'une possession vicieuse, incapable d'acquérir par la prescription la propriété des choses; mais cette maxime, qu'on ne prescrit pas contre son titre, n'a pas lieu à l'égard de la prescription à l'effet de libérer, qui n'a pas son fondement dans la possession de celui qui prescrit; car, à l'égard de cette prescription, on prescrit tous les jours contre son titre. Le débiteur dont on n'exige pas la dette pendant trente ans, prescrit contre son titre, et est libéré.

Ces principes, qui sont certains, étant présupposés, il ne s'agit, pour résoudre la question supposée, que de savoir si la prescription dont nous venons de parler est à l'effet d'ac-

quérir ou seulement à l'effet de libérer. Or il est certain que c'est une prescription à l'effet de libérer; car l'acte de donation est intrinsèquement valable, indépendamment de l'insinuation, et a transféré la propriété de la chose donnée au donataire.

Il est vrai que, faute d'insinuation, cette propriété n'est pas irrévocable, à cause de l'action révocatoire *utilis in rem*, que la loi donne aux héritiers du donateur et aux tiers, faute d'insinuation; la prescription contre ce défaut d'insinuation n'est donc pas une prescription qui a l'effet de faire acquérir au donataire la propriété de la chose donnée, puisqu'il l'avoit dejà acquise dès l'instant de la tradition qui a suivi la donation. C'est seulement une prescription à l'effet de le libérer des actions que la loi donne à l'héritier du donateur et aux créanciers. La maxime, qu'on ne prescrit pas contre son propre titre, ne reçoit pas ici d'application.

Des principes que nous avons établis il suit encore que le temps de cette prescription ne court contre l'héritier du donateur que du jour de la mort du donateur, et contre les créanciers et les tiers acquéreurs, que du jour qu'ils ont contracté avec le donateur. Car, suivant nos principes, la prescription contre le défaut d'insinuation étant une prescription à l'effet de libérer le donataire des actions que la loi donne contre lui aux héritiers et créanciers du donateur, elle ne peut courir que du jour que naissent ces actions. Car on ne peut prescrire contre une action avant qu'elle soit née; or il est évident qu'elles ne naissent que du jour que nous avons déjà dit.

La possession que le donataire a eue, soit avant la mort du donateur, soit avant le contrat du créancier qui a contracté avec le donateur, ne peut couvrir le défaut d'insinuation, quoique, s'il eût possédé ces choses sans titres, il les eût pu prescrire; et c'est ici le cas où ont lieu les maximes qu'on ne prescrit pas contre son titre, et qu'il vaut mieux n'avoir pas de titre que d'en avoir un qui soit vicieux : s'il les avoit possédées sans titres, il les auroit possédées *simpliciter*, et une telle possession n'a rien qui la rende inhabile à produire la prescription. Mais comme la donation renferme la charge de l'insinuation, la possession que lui donne la donation est une possession qui contient la charge de l'insinuation, et qui par elle-même ne peut pas cesser de la contenir, parce qu'une possession, quelque temps qu'elle dure, continue toujours telle qu'elle a commencé. *Cùm nemo sibi causam suæ possessionis mutare*

possit. La possession, quelque longue qu'elle soit, ne peut donc par elle-même décharger le donataire de la nécessité de l'insinuation. Il n'en peut être déchargé que par l'extinction des droits de ceux à qui la loi avoit donné le droit d'en opposer le défaut, lesquels droits s'éteignent par le non-usage, c'est-à-dire faute par eux d'en avoir usé pendant le temps de trente ans depuis qu'ils ont commencé d'avoir ce droit.

ARTICLE IV.

Par quels actes les donations entre-vifs doivent-elles être faites?

L'ordonnance de 1731, art. 1, veut que tous les actes portant donations soient passés par-devant notaires, et qu'il en reste minute, à peine de nullité.

Le motif de cette loi a été d'empêcher les fraudes et qu'il ne fût pas permis au donateur et en son pouvoir de faire des donations qu'il soit le maître de révoquer pendant sa vie, quoique conçues entre-vifs, en retenant par-devers lui l'acte de donation, ou en le mettant entre les mains d'une personne affidée, qui auroit ordre de ne le remettre au donataire qu'après la mort du donateur, ou lorsque le donateur le jugeroit à propos. C'est pour ôter ce moyen au donateur que l'ordonnance veut qu'il reste une minute de la donation entre les mains d'un notaire, personne publique dont le donateur ne puisse être le maître. Sans cela, les donations sont suspectes de n'avoir pas le caractère d'irrévocabilité requis par nos lois dans les donations entre-vifs, et par la raison de cette suspicion elles sont déclarées nulles.

Le donateur peut-il lui-même opposer ce défaut? On peut dire en faveur du donateur que la loi prononce indistinctement la peine de nullité; que nos lois ayant assujetti le contrat de donation à des formes à peine de nullité, dont une est qu'il soit passé par-devant notaires, la donation est nulle lorsqu'elle n'est pas revêtue de ces formalités; que ce qui est nul ne peut produire aucun effet à tous égards, et qu'ainsi une donation qui manque de cette formalité ne peut ni transférer la propriété des choses données ni engager le donateur.

D'un autre côté, on peut dire contre le donateur que l'ordonnance prononçant cette nullité pour empêcher les fraudes, parce que ces actes sont suspects de la fraude faite à la loi touchant l'irrévocabilité des donations, il s'ensuit qu'il n'y a

que ceux envers qui cette fraude pourroit avoir été commise, savoir les héritiers du donateur, et les tiers, qui soient recevables à alléguer cette fraude. Il est vrai que l'ordonnance de 1731 prononce indistinctement la peine de nullité pour le défaut d'insinuation; et cependant on n'a pas laissé de tenir que ce défaut ne pouvoit être opposé par le donateur.

Il faut pourtant convenir que l'argument n'est pas concluant. L'insinuation ne concerne que la publicité de la donation, qui a toute sa force sans cela. L'acte par-devant notaire est requis pour la forme même de l'acte; c'est pourquoi on ne peut guère se dispenser de regarder la donation comme entièrement nulle sans cela.

Il reste à observer que cette disposition de l'ordonnance n'a pas lieu pour la donation des choses mobilières, lorsqu'il y a tradition réelle; car en ce cas il n'est besoin d'aucun acte.

SECTION III.

De l'effet des donations entre-vifs, des cas auxquels elles peuvent être révoquées ou souffrir quelques retranchemens.

ARTICLE PREMIER.

De l'effet des donations entre-vifs.

§. I. De l'effet de la donation par rapport au donateur.

L'effet de la donation entre-vifs par rapport au donateur, est de le dépouiller de la propriété de la chose, et de la transférer au donataire par la tradition qui lui en est faite.

Mais la donation ne contient aucune obligation de garantie de la part du donateur, qui n'est censé donner la chose qu'autant qu'elle est à lui. Et en cela la donation est différente du contrat de vente, dans lequel le vendeur s'oblige, *præstare emptori rem habere licere*.

Lorsque le donataire est évincé de la chose qui lui a été donnée, soit que ce soit sur une action de revendication, soit que ce soit sur une action hypothécaire pour les dettes des auteurs du donateur, il n'y a, pour raison de cette éviction, aucun recours contre le donateur. Ne peut-il pas au moins demander que le donateur lui rembourse les dépenses qu'il auroit faites à l'occasion de la donation, comme du coût du contrat,

centième denier, et des augmentations qu'il a faites à la chose, et qui, étant voluptueuses, ne lui sont pas remboursées par le propriétaire? La raison de douter est que le donateur a donné occasion à cette perte que souffre le donataire, en donnant imprudemment ce qui n'étoit pas à lui; c'est donc un tort qu'il a fait au donataire par son imprudence. Néanmoins cette raison n'a pas été jugée suffisante pour y obliger le donateur, qui, dans un contrat qui ne se faisoit que pour l'avantage du donataire, ne doit pas être tenu envers lui *de culpâ*, mais seulement *de dolo*. Mais, s'il paroissoit que le donateur eût fait cette donation par malice pour constituer le donataire en frais, sachant qu'il seroit bientôt évincé, il en sera tenu. C'est la décision de la loi 18, §. 3, ff. *de donat.*

Que si l'action hypothécaire étoit pour les dettes du donateur, le donataire auroit le recours qu'ont tous ceux qui paient les dettes d'un autre, à moins que ce donataire ne fût un donataire universel, qui, en cette qualité, fût tenu d'acquitter les dettes du donateur, ainsi que nous le verrons ci-après.

La donation de la chose d'autrui ne dépouillant le donateur d'aucun droit, puisqu'il n'en avoit aucun, et ne l'obligeant pas à la garantie de la chose, il s'ensuit qu'elle est à son égard sans effet; et c'est en ce sens que, *res aliena vendi potest, donari non potest;* et ailleurs, *donari non potest nisi quod ejus fit cui donatum est.* L. 9, §. 3, *de donat.*

De ce que le donateur n'est pas tenu à la garantie, il s'ensuit que, lorsque quelqu'un à donné la chose d'autrui, le vrai propriétaire de la chose, quoiqu'il soit devenu l'héritier du donateur, ne laisse pas d'être recevable à la revendiquer de son chef; car sa qualité d'héritier du donateur ne l'oblige pas à faire cesser cette demande, puisque le donateur lui-même, s'il vivoit, ne seroit pas obligé à la faire cesser.

La donation de la chose d'autrui n'a-t-elle pas au moins cet effet à l'égard du donateur, qu'elle le rende non-recevable à revendiquer la chose, si, par la suite, il devenoit l'héritier du propriétaire de cette chose? Je le pense ainsi : car, si le donateur ne s'oblige pas à la garantie de la chose donnée, s'il ne s'oblige pas *præstare habere licere,* au moins il s'oblige *per se non fieri quominùs habere liceat.* Il n'a pas pu, à la vérité, transférer au donataire un droit en la chose donnée qu'il n'avoit pas encore; mais il a pu, et il doit être censé avoir

voulu renoncer, en faveur du donataire, à tous les droits qui pourroient un jour lui appartenir dans cette chose.

Il reste à observer que, quoique le donateur ne soit pas tenu par la nature de la donation, de la garantie des choses données, il peut néanmoins, par une clause particulière, s'y obliger.

§. II. De l'effet de la donation par rapport au donataire.

L'effet de la donation entre-vifs, par rapport au donataire, est de lui transférer par la tradition le droit de propriété que le donateur avoit en la chose donnée.

Si le donateur n'en est pas propriétaire, le donataire ne peut, à la vérité, acquérir d'abord par la tradition la propriété que le donateur n'avoit pas, *cùm nemo plus juris in alium transferre possit quàm ipse habet;* mais au moins la donation lui donne, s'il est de bonne foi, le droit, ou de prescrire la chose, ou d'en acquérir la propriété un jour par la possession, pendant le temps requis par la loi. *Traditio ex causâ donationis, si non transferat dominium quod non habebat donator, tribuit saltem causam usucapionis.*

La donation des choses particulières n'oblige pas le donataire aux dettes du donateur.

Néanmoins, si, au temps de la donation, le donateur savoit ou devoit savoir qu'il n'étoit pas solvable, ou que, par la donation, il ne lui resteroit pas alors de quoi satisfaire ses créanciers, ceux-ci, en fraude desquels cette donation se trouveroit avoir été faite, quand même ils ne seroient pas hypothécaires, pourroient la faire révoquer par l'action Paulienne, quand même le donataire n'auroit pas eu connoissance de la fraude du donateur; et en cela les donataires sont différens de ceux qui acquièrent à titre onéreux, lesquels ne sont sujets à cette action que lorsqu'ils ont été participans du conseil de fraude.

A l'égard des donataires universels des biens présens, ils sont tenus des dettes que le donateur devoit lors de la donation, par la raison que les dettes sont une charge des biens, et que *bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno.* Ils peuvent néanmoins s'en décharger en abandonnant ce qui leur a été donné. S'ils sont donataires de la totalité des biens, ils sont tenus de la totalité des dettes; s'ils sont donataires d'une partie aliquote, comme d'un tiers, d'un quart, ils sont tenus des dettes pour la même portion dont ils sont donataires.

Un donataire n'est pas moins censé donataire du total des biens, et par conséquent tenu du total des dettes, quoique le donateur ait excepté de la donation plusieurs choses particulières, de quelque valeur qu'elles soient, et quand même elles feroient la plus grande partie de ses biens; car le donateur retient, *non tanquàm partem bonorum, sed tanquàm res singulas*. Or la charge des dettes est charge, *non rerum singularum, sed universalitatis*, laquelle passe en entier à ce donataire.

On comprend sous le nom de donataires universels, non-seulement les donataires de l'universalité générale, mais aussi les donataires de l'universalité particulière d'une certaine espèce de biens, tels que sont les donataires de tout le mobilier ou d'une partie de tous les acquêts ou propres d'une certaine ligne; mais il faut pour cela que ces donations soient faites *per modum universalitatis*. C'est pourquoi, lorsqu'une personne n'a pour tous acquêts que deux corps d'héritages, et qu'il les donne à quelqu'un, pour que la donation soit réputée universelle il faut que la donation porte qu'il donne ses acquêts, qui consistent en telle et telle chose. Que si, au contraire, il donne tel et tel héritage, la donation ne sera pas universelle, quoiqu'il n'eût pas d'autres acquêts que la chose donnée, parce qu'il ne l'a pas donnée *per modum universalitatis, sed tanquàm res singulares*.

Lorsque nous disons que les donataires d'une universalité particulière de biens sont donataires universels, nous entendons parler des universalités qui forment une espèce de patrimoine, et qui sont attribués dans les successions à une certaine espèce d'héritiers, tels que sont les meubles, les acquêts, les propres; mais celui qui seroit donataire de toutes les maisons du donateur, ou de toutes ses vignes, ou de tous ses biens de campagne, etc., ne seroit pas donataire universel; car ces choses sont des espèces de choses, et non pas des espèces de biens. On divise les biens en meubles, en acquêts et propres; mais jamais on ne s'est avisé de les diviser en maisons, vignes, prés, etc. Ces donations ne sont donc que des donations de choses particulières, qui ne contiennent pas la charge des dettes.

Le donataire d'une certaine espèce de biens est tenu de la portion des dettes dont est chargée la portion des biens dont il est donataire.

Pour régler cette portion, il faut savoir que la charge de

toutes les dettes dont l'universalité de tous les biens est chargée, se répartit entre les universalités particulières dont cette universalité générale est composée, dans la même raison de valeur que ces universalités particulières sont entre elles. Ainsi, si les immeubles d'une personne sont le double en valeur de ses meubles, les immeubles doivent être chargés du double des dettes : par conséquent le donataire des meubles sera tenu seulement du tiers des dettes.

Dans les coutumes où les dettes mobilières suivent les meubles, telles que la coutume de Blois, le donataire des meubles est chargé de toutes les dettes mobilières; mais, dans ces coutumes, pour régler la contribution, le mobilier n'est estimé que sous la déduction des dettes mobilières, dont il est seul tenu.

Les donataires des biens présens ne sont tenus que des dettes que le donateur devoit lors de la donation, et non pas de celles qu'il a contractées depuis : car les dettes qu'il contracte depuis la donation ne peuvent pas être une charge des biens qui n'appartiennent plus à la personne qui contracte ces dettes, et il ne doit pas être au pouvoir du donateur, après qu'il a donné, de diminuer l'effet de la donation, en contractant des dettes.

Mais le donataire des biens présens est tenu des dettes contractées sous condition, avant la donation, quoique la condition n'existe que depuis; car les conditions ont un effet rétroactif au temps du contrat : ce qui fait que ces dettes sont censées avoir existé et avoir fait partie des charges des biens dès le temps de la donation; car effectivement dès ce temps les biens en étoient chargés, non pas *purè*, mais sous la condition sous laquelle elles avoient été contractées.

Lorsque la donation a été faite des biens présens et à venir, ou simplement des biens que le donateur laissera à son décès, le donataire est tenu des dettes qui se trouvent lors du décès, et des autres charges de la succession, telles que les frais funéraires.

Il y a, au reste, cette différence entre la donation des biens présens et à venir, et la donation d'une certaine espèce de biens, que, dans l'espèce de la première donation, le donataire peut se décharger des dettes et charges postérieures à la donation, en se restreignant aux biens présens (ordonnance de 1731, article 17); au lieu que, dans la seconde espèce, le donataire doit tout abandonner pour s'en décharger.

ARTICLE II.

De la révocation des donations pour cause de survenance d'enfans.

C'étoit autrefois une question si les donations faites par un homme qui lors de la donation n'avoit pas d'enfans, étoient révoquées par la survenance d'enfans au donateur. Le fondement du sentiment pour l'affirmative est en la loi 8, *cod. de revoc. donat.* qui est de Constantin et de Constance, dont voici les termes : *Si unquàm libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et posteà susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.*

Ceux qui tenoient la négative prétendoient que cette loi ne contenoit pas une décision générale, et devoit être restreinte au cas d'une donation faite par un patron à ses affranchis ; que des affranchis qui tenoient tout ce qu'ils étoient de leur patron, doivent être plus prêts que d'autres à lui remettre les biens dont il n'auroit pas vraisemblablement disposé s'il eût su qu'il auroit un jour des enfans ; que si cette loi eût fait une décision générale, Justinien en auroit fait mention dans ses Instituts, ce qu'il n'a pas fait ; enfin, que saint Augustin, en parlant d'Aurèle, évêque de Carthage, qui avoit restitué des biens donnés à son église, à un donateur à qui il étoit survenu des enfans, dit qu'il auroit pu les retenir, *sed jure fori, non jure poli. Decreti. part.* 2, *causa* 17, *quæst.* 4, *can.* 43, *in fine.* Ce qui prouve que la loi *Si unquàm* n'étoit pasobservée comme loi générale.

Nonobstant ces raisons, l'opinion pour l'affirmative a prévalu depuis long-temps, et elle est confirmée par l'ordonnance, art. 39. La raison de cette jurisprudence est que celui qui, n'ayant pas d'enfans, fait une donation entre-vifs à quelqu'un, ne la fait qu'à cause de la persuasion où il est qu'il n'aura pas d'enfans, et qu'il est dans cette disposition de volonté, que, s'il prévoyoit en avoir, il ne donneroit pas ; d'où on a tiré la conséquence que la donation devoit être censée contenir en soi une clause tacite et implicite de révocation en cas de survenance d'enfans.

§. I. Quelles donations sont sujettes à cette révocation.

L'ordonnance, art. 39, veut que toutes donations y soient

sujettes, 1° de quelque valeur que lesdites donations puissent être. Il est donc à cet égard égal que la donation soit de tous les biens ou d'une partie, ou des choses particulières.

On auroit pu douter autrefois si une donation modique, eu égard aux facultés du donateur, étoit sujette à cette révocation. Les termes de la loi *Si unquàm* 8, *cod. de revoc. donat.* semblent ne désigner que des donations universelles, ou du moins considérables, dont l'objet fasse une partie notable des biens du donateur. C'est aussi par rapport aux donations qui font un changement dans la fortune du donateur, qu'il y a lieu à la présomption que le donateur ne les auroit pas faites s'il eût su avoir des enfans; et il semble que cette présomption ne se rencontre pas de même lorsque la donation est modique.

Néanmoins il faut décider que toute donation, soit modique, soit considérable, est sujette à cette révocation. Les termes de l'ordonnance y sont précis : *De quelque valeur que les donations puissent être ;* soit qu'elles soient modiques, soit qu'elles soient considérables. La raison en est que les nouvelles ordonnances ayant eu pour but principal de retrancher la matière des procès, elle n'a pas cru devoir laisser subsister une différence entre les donations modiques et considérables, laquelle donneroit lieu à des discussions et à des procès, pour juger et estimer quand une donation devroit être jugée et estimée modique ou considérable.

On ne doit pas néanmoins comprendre parmi les donations sujettes à révocation, de petits présens de choses mobilières.

Il suit aussi de la généralité des termes de l'ordonnance, que la donation d'usufruit y est comprise, comme celle faite en propriété.

2° L'ordonnance comprend dans sa disposition les donations, à quelque titre qu'elles aient été faites, encore qu'elles soient mutuelles.

Ricard avoit pensé le contraire, et sa raison étoit que la donation mutuelle semble être plutôt un contrat aléatoire qu'une vraie donation, le donataire recevant les biens du donateur, non gratuitement, mais comme le prix du risque qu'il court de lui faire passer les siens, au cas que ce soit lui qui prédécède. Or, disoit Ricard, il n'y a que les donations simples qui soient sujettes à révocation pour cause de survenance d'enfans. L'ordonnance a décidé le contraire; car il y a même raison de présumer à l'égard de la donation mutuelle, comme à l'égard de

la donation simple, que le donateur ne l'auroit pas faite s'il eût su devoir avoir des enfans.

La donation mutuelle faite par celui à qui il est survenu des enfans étant révoquée, celle qui lui est faite par l'autre, à qui il n'en est pas survenu, l'est-elle aussi? Je le pense; car celui-ci ayant donné en considération de la donation qui lui étoit faite, cette donation qui lui a été faite étant révoquée, la cause pour laquelle il avoit donné cesse; il y a donc par conséquent lieu à la répétition dont il est parlé au titre du digeste *de conditione sine causâ*.

L'ordonnance comprend en ses dispositions les donations rémunératoires; ce qu'il faut entendre du cas auquel les services ne seroient pas appréciables à prix d'argent, ou, supposé qu'ils le fussent, s'ils étoient de beaucoup moindre valeur que la chose donnée.

Observez que lorsque la donation est révoquée en ce cas, le droit de se faire payer de ses services doit être réservé au donataire.

Il faut dire la même chose des donations onéreuses; elles sont sujettes à la révocation, à moins que les charges ne fussent appréciables à prix d'argent et n'égalassent la valeur des choses données : si elles sont de moindre prix, la donation sera révoquée, les droits du donataire réservés pour se faire payer, s'il avoit déjà acquitté les charges.

Les donations qui consistent dans des remises à un débiteur sont-elles sujettes à révocation? Il faut dire que oui, lorsque ces remises sont faites par pure libéralité; car alors elles sont de vraies donations, et l'ordonnance renferme dans sa disposition toutes sortes de donations, à quelque titre qu'elles soient faites.

Que si elles étoient faites par un autre motif, comme par transaction, pour éviter un procès, ou par contrat d'atermoiement, pour donner mieux le moyen à un débiteur insolvable de payer le surplus; dans ces cas et autres semblables, les remises faites au débiteur, n'étant pas de vraies donations, ne doivent pas être sujettes à révocation.

Les donations, quoique pour causes pies, sont sujettes à la disposition de l'ordonnance, puisqu'elles n'en sont pas exceptées.

Celles faites en faveur de mariage à quelqu'un des conjoints y sont sujettes aussi. L'ordonnance le décide expressément. La raison de douter auroit pu être que ces donations étant comme des conditions du mariage, qui auroit pu ne pas se contracter

sans cela, ne doivent pas facilement se révoquer. La réponse est qu'il n'est fait par là aucun tort aux conjoints, qui, connoissant l'état du donateur qui n'avoit pas d'enfans, ont dû savoir que la donation qu'il leur faisoit étoit sujette à la révocation en cas de survenance d'enfans, et sont censés en avoir voulu courir le risque.

L'ordonnance fait néanmoins une exception en assujettissant à sa disposition *même celles qui auroient été faites en faveur du mariage ;* elle ajoute, *par autres que par les conjoints ou les ascendans.*

Ces termes, *ou ascendans,* ne sont pas trop clairs ; ils ne peuvent s'entendre des ascendans des conjoints ; car l'ascendant de l'un des conjoints n'est pas sans enfans, et, par conséquent, la donation qu'il fait n'a pas besoin d'être exceptée de la loi qui assujettit à la révocation pour survenance d'enfans, les donations faites par personnes étant sans enfans. Il faut donc entendre ces termes *ou ascendans,* ceux mêmes qui feroient par contrat de mariage donation aux enfans qui naîtroient dont ils seroient ascendans. Le sens de cette ordonnance est donc : Les donations sont sujettes à la révocation pour survenance d'enfans, même celles faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints entre eux, ou par les conjoints ascendans à leurs enfans à naître du mariage. La raison de l'exception qu'on a coutume de rapporter est qu'on ne peut pas dire que les donations que les conjoints se font en se mariant soient faites par le motif de la persuasion qu'ils ont qu'ils n'auront pas d'enfans. Au contraire, puisqu'ils se marient, on doit présumer qu'ils comptent en avoir, puisque la procréation des enfans est la principale fin du mariage. Cette raison n'est pas suffisante, car elle s'étendroit aux donations que les conjoints feroient à d'autres personnes en faveur du mariage, *putà,* aux enfans de l'autre, ou à leur futur beau-père. Cependant, il paroît que l'ordonnance n'a excepté que celle que les conjoints se font entre eux, ou aux enfans qu'ils espèrent, dont ils seront les ascendans. Il faut donc ajouter à cette raison une autre, qu'il est comme indifférent aux enfans de trouver les biens donnés dans la succession du donateur ou dans celle du donataire, qui sont également intéressés à les leur conserver.

A l'égard des donations faites aux enfans à naître du mariage, il est évident que le droit de la révocation établi en fa-

veur des enfans ne peut être rétorqué contre eux, ni par conséquent avoir lieu pour les donations qui leur sont faites.

La donation faite à un ecclésiastique pour lui servir de titre clérical est-elle sujette à la disposition de l'ordonnance? Oui, puisque la loi est générale et qu'elle n'en est pas exceptée. On pourroit néanmoins soutenir, pour l'intérêt de l'Église, qu'on devroit en laisser la jouissance au donataire jusqu'à ce qu'il fût pourvu d'un bénéfice, *ne ad dedecus Ecclesiæ clericus mendicare cogatur.*

C'étoit une question, avant l'ordonnance, si la donation qui contenoit une clause expresse qu'elle ne pourroit être révoquée pour cause de survenance d'enfans, ne laisseroit pas d'être sujette à cette révocation. On peut dire, pour la négative, que la loi qui ordonne que les donations seront révoquées par la survenance d'enfans au donateur, est une loi qui n'a pour objet aucun intérêt public, mais l'intérêt particulier du donateur, auquel la loi a voulu subvenir. Or c'est un principe, que les particuliers peuvent par des clauses déroger aux lois qui n'ont pour objet que l'intérêt particulier de celui qui y déroge; et c'est sur ce fondement que Ulpien dit que, *pacisci contra edictum ædilium omni modo licet.* L. 31, ff. *de pact.*

Ajoutez que la loi qui ordonne la révocation des donations pour cause de survenance d'enfans n'est fondée que sur une conjecture et présomption de la volonté du donateur, qui ne donne que parce qu'il compte n'avoir pas d'enfans, et qu'il est dans une disposition de volonté de ne pas donner s'il croyoit en avoir un jour. Or, la clause par laquelle le donateur déclare expressément qu'il entend donner, même dans le cas où il auroit des enfans, fait cesser cette présomption; car c'est une maxime que, *ubi est declaratio voluntatis, non est conjecturis et præsumptioni locus.* La raison de la loi cesse donc en ce cas, et par conséquent la loi ne doit pas avoir lieu.

Nonobstant ces raisons, qui sont assez fortes, plusieurs docteurs, dès long-temps avant l'ordonnance, avoient pensé que cette clause étoit inutile, et qu'elle ne devoit pas empêcher la révocation de la donation dans le cas de la survenance d'enfans. Les raisons de ce sentiment sont que cette clause ne détruit pas la présomption sur laquelle la loi est fondée, que le donateur n'a donné que parce qu'il comptoit qu'il n'auroit pas d'enfans; que s'il a ajouté la clause qu'il entendoit que sa donation eût lieu même dans le cas où il lui surviendroit des

enfans, c'est qu'il s'abusoit lui-même, et que, ne faisant pas attention à l'inconstance des volontés humaines, et ne s'arrêtant qu'à la disposition présente de la volonté dans laquelle il étoit de ne se pas marier, laquelle il considéroit alors comme invariable, il s'imaginoit qu'il n'auroit jamais d'enfans, et qu'ainsi il ne risquoit rien en disant qu'il entendoit donner, même dans le cas où il en auroit; mais que sa véritable et secrète disposition étoit que, s'il eût su devoir en avoir un jour, il n'auroit pas donné.

Quant à l'objection que chacun peut renoncer à une loi qui n'est faite qu'en sa faveur, Ricard rapporte deux réponses : la première, que la loi pour la révocation des donations en cas de survenance d'enfans n'est pas faite seulement en considération du donateur, mais aussi en considération des enfans; la seconde est que la maxime que chacun peut déroger à une loi faite en sa faveur doit s'entendre avec cette limitation, pourvu que, lorsqu'il y déroge, il soit dans le même état et dans la même position dans laquelle il sera lorsqu'il aura droit de se servir de cette loi introduite en sa faveur, et non pas lorsqu'il est encore dans l'état en considération duquel la loi a voulu lui subvenir. Ainsi un mineur ne peut pas renoncer à la loi qui lui accorde la restitution pendant qu'il est encore dans l'état de minorité. Par la même raison, la loi pour la révocation des donations au cas de survenance d'enfans ayant été faite pour subvenir au défaut de prévoyance des gens qui n'ont pas d'enfans et se persuadent trop facilement qu'ils ne changeront pas de volonté et qu'ils n'en auront pas, il ne leur est pas permis, pendant qu'ils n'ont pas encore d'enfans, pendant qu'ils sont dans l'erreur contre laquelle la loi a voulu subvenir, de renoncer au droit que la loi a établi en leur faveur : autrement la prévoyance de la loi deviendroit inutile; car, dans la fausse assurance où ils sont de la persévérance de leur volonté, ils consentiroient sans peine à déroger à la loi. Or, cette clause de dérogation deviendroit un style de notaire qui rendroit la loi inutile. On peut encore ajouter qu'il y a même quelque raison d'intérêt public qui porte à n'avoir aucun égard à ces clauses, afin que les donations ne détournent pas ceux qui les ont faites de contracter mariage, et de donner par ce moyen des citoyens à l'état. Ce sentiment est confirmé par l'ordonnance de 1731.

§. II. Que requiert la loi en la personne du donateur pour que la donation soit sujette à la révocation par survenance d'enfans?

Ce que la loi requiert en la personne du donateur pour que la donation soit sujette à la révocation pour cause de survenance d'enfans, est que le donateur n'eût pas d'enfans au temps de la donation. C'est ce qui résulte des termes de la loi 8, *cod. de revoc. donat.*, de ceux de l'ordonnance de 1731, art. 39 : *Toutes donations entre-vifs faites par personnes qui n'avoient pas d'enfans ou de descendans actuellement vivans dans le temps de la donation.*

De là naît une première question : La loi et l'ordonnance s'étant exprimées au pluriel, la donation faite par une personne qui n'avoit qu'un enfant lors de la donation seroit-elle comprise dans la disposition de la loi et de l'ordonnance? On peut dire, pour l'affirmative, qu'il se trouve dans les termes de la loi *Qui non habet filios*, et que l'art. 39 de l'ordonnance de 1731 s'exprime pareillement au pluriel : *Toutes donations entre-vifs faites par personnes qui n'avoient point d'enfans;* et que, par conséquent, la donation faite par une personne qui n'avoit qu'un enfant lors de la donation n'est pas comprise dans la disposition de la loi et de l'ordonnance, n'ayant pas d'enfans, au pluriel, puisqu'elle n'en a qu'un. Néanmoins, il faut tenir la négative; car, dans l'usage vulgaire de parler, il suffit qu'une personnne ait un enfant pour qu'on ne puisse pas dire qu'elle n'a pas d'enfans. *Non est sine liberis cui unus filius, unave filia est : hæc enim enunciatio, habet liberos, non habet liberos, semper plurativo numero profertur, sicut et pugillares et codicilli.* L. 148, ff. *de verb sig.* Et d'ailleurs, il est évident que la raison de la loi ne milite que lorsque le donateur n'a point d'enfans.

On peut demander si, avant l'ordonnance, la donation faite par une personne qui n'avoit qu'un petit-fils lors de la donation étoit comprise dans la disposition de la loi 8, *cod. de revoc donat.*, et sujette à la révocation par la survenance d'un enfant au donateur. On pouvoit dire, pour l'affirmative, que celui qui n'a que de petits-enfans est vraiment *filios non habens*, puisque ordinairement, *filiorum appellatione nepotes non continentur.* Il faut néanmoins décider au contraire; car, quoique le terme de fils ne comprenne pas le petit-fils, néanmoins il le comprend quelquefois, ainsi que nous l'apprend

une loi du titre *de verb. sig.*, dont voici les termes : *Filii appellatione omnes liberos intelligimus;* l. 84, ff. *de verb. signif.*; et cette interprétation doit avoir lieu dans les lois où ce qui est décidé à l'égard du fils reçoit une égale application au petit-fils ; ce qui se trouve dans la loi 8 déjà citée : car, de même qu'un donateur qui a préféré son donataire aux enfans qu'il avoit déjà est censé les avoir préférés à ceux qui lui surviendroient, qui ne doivent pas être pour lui plus chers que ceux qu'il avoit déjà; ainsi celui qui a préféré le donataire à son petit-fils est censé l'avoir préféré à son propre fils qui lui surviendroit; car l'amour allant toujours en descendant, un grand-père n'a pas une moindre tendresse pour un petit-fils dans lequel il se voit revivre que pour ses propres enfans. Au reste, la question ne souffre plus de difficulté, et est nettement décidée par l'ordonnance, qui dit, *enfant* ou *descendans.*

C'étoit une question, avant l'ordonnance, si la donation faite par une personne qui n'avoit pas à la vérité d'enfans lors de la donation, mais qui avoit une espérance prochaine d'en avoir par la grossesse de sa femme, dont il avoit connoissance, étoit sujette à la révocation par survenance d'enfans. Avant l'ordonnance, j'aurois pensé qu'elle n'y est pas sujette. La raison de la loi ne paroît pas se rencontrer dans cette espèce. On ne peut pas dire que ce donateur ne donne que parce qu'il compte ne pas avoir d'enfans, et qu'il est dans une disposition de volonté de ne pas donner s'il croyoit en avoir; car la connoissance qu'il avoit de la grossesse de sa femme ne permet pas qu'on puisse dire qu'il ne comptoit pas avoir d'enfans. Ajoutez que même, suivant les lois, un homme n'est pas censé absolument sans enfans lorsque sa femme est grosse, suivant cette règle : *Si quis uxorem prægnantem relinquat, non videtur sine liberis decessisse.*

Nonobstant ces raisons, l'ordonnance décide le contraire, art. 40, qui porte que la révocation aura lieu, encore que l'enfant du donateur fût conçu au temps de la donation. La raison en est que celui dont l'enfant n'est pas encore né n'a pas encore senti la tendresse que la nature inspire aux pères pour leurs enfans. C'est pourquoi la loi présume qu'en préférant alors dans ses biens un étranger à ses enfans, il paroît ne pas savoir ce qu'il fait, et il ne l'auroit pas fait si son fils eût été né, et qu'il eût éprouvé ces sentimens de tendresse que les

pères ont pour leurs enfans. C'est pourquoi la loi juge à propos de subvenir en ce cas à son erreur, et de lui accorder le droit de révoquer sa donation. La loi permet à la vérité aux pères de préférer, dans une partie de leurs biens, des étrangers à leurs enfans, quoique ces biens soient, par le vœu de la nature, destinés à leurs enfans, parce qu'il peut y avoir quelquefois de bonnes raisons pour cela. Mais elle ne veut pas qu'ils accordent aux étrangers cette préférence inconsidérément, et elle répute cette préférence suspecte d'inconsidération et faite sans assez de connoissance de cause, lorsqu'un père donne à des étrangers avant que d'avoir senti ce que c'est que d'être père.

Ce que nous avons décidé pour la donation faite par le père dont la femme étoit grosse a pareillement lieu pour celle faite par la femme durant sa grossesse.

Observez que lorsque la loi dit : *Filios non habens*, et l'ordonnance, *personnes qui n'avoient pas d'enfans*, la loi et l'ordonnance n'entendent parler que des enfans légitimes; car il n'y a que ceux-là qui soient regardés comme enfans et appelés aux biens de leurs pères. C'est pourquoi la donation n'en sera pas moins sujette à la révocation par survenance d'enfans, quoique le donateur eût des bâtards lors de la donation.

Quelquefois même l'existence d'un enfant au temps même de la donation n'empêche pas qu'elle ne soit sujette à la révocation par survenance d'enfans. Cela a lieu :

1o Si l'enfant qui existoit lors de la donation étoit absent de longue absence et qu'on le crût perdu ; car par rapport aux motifs sur lesquels la loi est fondée, il est égal de n'avoir point d'enfans ou d'en avoir sans le savoir. Il faut en ce cas que l'enfant prouve l'erreur du donateur.

2o On pourroit peut-être soutenir qu'il en seroit de même si l'enfant qui existoit lors de la donation s'étoit rendu indigne de l'amitié de son père par quelques-unes des causes qui méritent l'exhérédation ; car c'est égal de n'avoir pas d'enfans, ou d'en avoir dont la conduite nous ait fait perdre envers eux les sentimens que la nature inspire.

Cela peut néanmoins souffrir quelque difficulté.

Ricard ajoute un troisième cas, savoir : lorsqu'un homme d'une maison illustre, au temps de la donation, n'avoit que des filles, et qu'il a fait une donation à l'un de ses parens de même nom, de mêmes armes, je pense (dit-il) que la donation est

révocable par la survenance d'un enfant mâle au donateur, y ayant lieu de présumer dans cette espèce que le donateur n'a fait cette donation que dans la vue de soutenir le lustre de sa maison, parce qu'il comptoit qu'il n'auroit pas d'enfans mâles qui pussent le soutenir, et qu'il étoit dans la disposition de ne pas donner s'il eût cru en avoir. Ce sentiment de Ricard paroît assez conforme à l'esprit de la loi.

§. III. Quelle espèce de survenance d'enfans donne lieu à la révocation.

La donation faite par une personne qui n'avoit pas alors d'enfans est révoquée par quelque manière que ce soit qu'il en survienne au donateur.

Elle est donc révoquée, non-seulement s'il naît un enfant à ce donateur, mais encore si depuis la donation l'enfant que l'on croyoit perdu lors de la donation revient, ou que l'on reçoive de ses nouvelles.

En est-il de même si un enfant jésuite est congédié de la société avant trente-trois ans? Ce dernier cas souffre difficulté, car le donateur pouvoit prévoir que son fils pourroit être congédié.

Pareillement si un bâtard que le donateur avoit lors de la donation devient légitime, depuis la donation, par le mariage que le donateur contracte avec sa mère, c'est une espèce de survenance d'enfant qui donne lieu à la révocation de la donation. (Ordonnance, art. 39.) On avoit néanmoins jugé le contraire avant l'ordonnance. Il y en a un arrêt dans Soefve, III, 14. Toute autre sorte de légitimation n'a pas cet effet. *Ibid.*

La survenance d'un petit-enfant feroit-elle révoquer la donation? La raison de douter, c'est que l'ordonnance ne parle que de la survenance d'un enfant, et que ce terme ne comprend pas toujours les petits-enfans. La raison de décider est que si le terme d'enfans ne comprend pas toujours les petits-enfans, il les comprend lorsqu'il y a entière parité de raison de décider à l'égard des petits-enfans ce qui l'est pour les enfans. Or c'est ce qui se trouve ici; car la loi est fondée sur l'affection qu'on a pour ses enfans; et celle que nous avons pour nos petits-enfans étant la même, et souvent plus grande que celle que nous avons pour nos propres enfans, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, parce que l'amour va en descendant, il s'ensuit que la survenance des petits-enfans doit également donner lieu à la révocation de la donation comme celle des

propres enfans, et que l'ordonnance a compris les uns et les autres sous le terme d'enfans.

On avoit demandé avant l'ordonnance si la naissance d'un posthume, c'est-à-dire d'un enfant né après la mort du donateur, pouvoit donner lieu à la révocation de la donation. La raison de douter étoit que le donateur ne pouvoit pas acquérir après sa mort le droit de révoquer sa donation. L'ordonnance a décidé pour l'affirmative. La raison de décider est que dans les contrats les conditions ont un effet rétroactif au temps du contrat; d'où il suit que, quoique la condition de la survenance d'enfans sous laquelle le donateur s'étoit tacitement réservé le droit de rentrer dans les choses données n'ait existé qu'après la mort, néanmoins, au moyen de l'effet rétroactif qu'on lui donne, le droit est censé lui en avoir été acquis dès le temps du contrat.

§. IV. Comment se révoquent les donations par la survenance des enfans, et de l'effet de cette révocation.

L'ordonnance, art. 39, dit que les donations demeurent révoquées de plein droit par la survenance d'enfans.

D'où il suit que dès le temps et instant de la survenance d'un enfant le donataire n'a plus aucun titre pour retenir les choses données; et en conséquence, dès l'instant de la survenance d'enfant, le donateur a un droit ouvert et formé de les répéter.

Ce droit n'est pas l'action de revendication, au moins ce n'est pas celle qu'on appelle directe et proprement dite. Quoique le donataire n'ait plus aucun titre pour retenir les choses données, il en demeure néanmoins, *subtilitate juris*, propriétaire jusqu'à ce qu'il les ait restituées au donateur; car la propriété qui lui en a été transférée par la tradition ne peut retourner au donateur que par la même voie d'une tradition que le donataire est tenu de lui en faire.

Cette action est donc plutôt l'action personnelle, qui est appelée en droit *conditio sine causâ*, par laquelle nous répétons les choses que quelqu'un a acquises de nous lorsque la cause pour laquelle il l'avoit acquise a cessé et est détruite. (Voyez sur cette action le titre *de conditione sine causâ*, dans nos Pandectes.)

On pourroit peut-être aussi dire que le donateur a en ce cas l'action *utilis in rem*, parce que le titre de donation, par

laquelle il a aliéné la chose, étant détruit, il est regardé comme ne l'ayant pas aliénée, et comme en étant en quelque façon propriétaire, non pas à la vérité *subtilitate juris*, mais *affectu*, eu égard au droit qu'il a d'y rentrer.

Quelle que soit l'action que le donateur a pour recouvrer en ce cas les choses données, cette action a lieu non-seulement contre le donataire, mais contre les tiers qui l'auroient acquise du donataire. Son action est du nombre de ces actions qu'on appelle personnelles, *in rem scriptæ*, qui suivent le possesseur, quoique le demandeur *non intendat rem suam esse;* en quoi elles diffèrent de l'action réelle : *Sed sibi dari, seu restitui oportere.*

La raison en est que la condition de révocation en cas de survenance d'enfans étoit inhérente au titre de donation, et affectoit la chose même donnée, de manière que le donataire ne la possédoit et n'en étoit propriétaire qu'à cette condition, *cum hac causâ;* et comme en l'aliénant il n'a pas pu transférer plus de droit qu'il n'en avoit lui-même, tous ceux qui la tiennent de lui, soit médiatement, soit immédiatement, n'en sont pareillement propriétaires et possesseurs qu'à la condition et à la charge de l'action révocatoire en cas de survenance d'enfans.

L'effet de cette action, lorsqu'elle est donnée contre le donataire, est qu'il est tenu de rendre la chose au donateur, avec les fruits, du jour que la naissance ou la légitimation de l'enfant lui a été notifiée, quoique la demande en révocation n'ait été donnée que depuis ladite notification (art. 41).

La raison en est que, le titre de donation ayant été détruit de plein droit par la survenance d'enfans, dès ce temps le donataire s'est trouvé sans titre pour retenir la chose, et par conséquent sans titre pour en percevoir les fruits. Ajoutez que c'est une règle commune à toutes les actions par lesquelles nous demandons la restitution d'une chose qui nous a appartenu, que les fruits doivent nous être rendus, ainsi que nous l'avons vu au titre *de usuris*, suivant la loi 38, §. 1er, *et seq.* ff. *de usur.* et la loi 173, §. 1er, ff. *de regulis juris.*

Ils ne doivent pourtant point être restitués précisément du jour de la survenance d'enfans, mais seulement du jour qu'elle a été notifiée au donataire; car quoique dès le temps de la survenance d'enfans il soit sans titre pour retenir la chose donnée, néanmoins la bonne foi dans laquelle il est tant qu'il ignore cette survenance lui tient lieu de titre, et lui donne

également le droit de percevoir les fruits comme si son titre subsistoit encore; car, *in omnibus juris partibus, justa opinio æquipollet titulo.* Il ne peut être tenu de rendre les fruits avant que d'être tenu de rendre la chose, et il ne peut être tenu de rendre la chose que du jour qu'il sait que la survenance d'enfant a détruit le titre en vertu duquel elle étoit à lui.

Observez qu'il n'est censé avoir eu la connoissance de la survenance d'enfans que du jour qu'elle lui a été notifiée par un exploit ou autre acte en bonne forme; et c'est pour cela que l'ordonnance, art. 41, ne l'oblige à la restitution des fruits que de ce jour.

Le donateur ayant cette voie juridique d'assurer la connoissance du donataire de la survenance d'enfans, doit s'imputer de ne s'être pas servi de cette voie, et n'est pas par conséquent recevable à prouver par d'autres voies que le donataire a eu cette connoissance.

Lorsque la demande est donnée contre un tiers détenteur à qui le donateur a vendu la chose sans lui donner par l'acte connoissance de la donation, il ne suffit pas en ce cas, pour qu'il soit tenu à la restitution des fruits, que la survenance d'enfans lui soit notifiée; il faut, outre cela, que le donateur qui veut rentrer dans les choses données lui donne copie de la donation.

Lorsque le donateur, en vertu de l'action révocatoire pour cause de survenance d'enfans, rentre dans les héritages par lui donnés, il les reprend sans aucune charge d'hypothèque, servitude et autre charges réelles, que le donataire et ses successeurs pourroient y avoir imposées (art. 42). La raison en est que le donataire et ses successeurs n'ont pas pu accorder à ceux à qui ils ont accordé ces sortes de droits un droit plus fort que celui qu'ils avoient eux-mêmes. *Nemo enim plus juris ad alium transferre potest, quàm ipse habet.* Par conséquent, le droit de propriété qu'avoient le donataire et ses successeurs n'étant pas un droit de propriété entièrement irrévocable, mais un droit sujet à se résoudre par la survenance d'enfans, les droits de servitude, d'hypothèque et autres qu'ils ont pu accorder, doivent être pareillement résolubles par le même cas de survenance d'enfans, suivant la maxime : *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

Cette décision ne souffre aucune exception; quelque favorables que soient les causes de la dot ou du douaire d'une

femme, la femme du donataire ne conserve aucune hypothèque subsidiaire sur les biens donnés à son mari, le cas avenant de la survenance d'enfans; et cela a lieu, quand même cette donation auroit fait partie de son contrat de mariage (art. 42).

L'ordonnance a été encore plus loin : elle ajoute audit article que sa disposition aura lieu quand même le donateur se seroit, par la donation, obligé, comme caution, à l'exécution du contrat de mariage. La raison en est que l'obligation du donateur est elle-même une donation qui doit se révoquer par la survenance d'enfans; et que si, au moyen de cette obligation, la femme du donataire conservoit quelques droits sur la chose donnée à son mari, ce seroit de la part du donateur s'interdire indirectement la faculté de révoquer sa donation; ce qui n'est pas permis suivant l'art. 44.

§. V. Quelles fins de non recevoir peut-on ou ne peut-on pas opposer contre la demande en révocation de donation pour cause de survenance d'enfans?

On peut opposer contre la demande en révocation de donation pour cause de survenance d'enfans la prescription ordinaire de trente ans, par laquelle se prescrivent toutes les actions.

Le temps de cette prescription ne peut courir que du jour qu'il est survenu au donateur un enfant; car ce n'est que de ce jour que le droit de révoquer la donation est ouvert, et la prescription ne peut pas courir contre un droit avant qu'il existe et soit ouvert. S'il étoit né au donateur plusieurs enfans, le droit de révoquer seroit-il prescrit trente ans après la naissance du premier, ou bien seulement trente ans après la naissance du dernier? Il sembleroit que ce devroit être trente ans après la naissance du premier; car, dès le temps de la naissance du premier, le droit de révoquer a été ouvert, et par conséquent le droit de la prescription a commencé à courir. L'ordonnance, néanmoins, art. 45, décide que le droit du donateur ne sera prescrit qu'après les trente ans depuis la naissance du dernier. La raison en est que chaque enfant qui survient au donateur lui donne un nouveau droit de révoquer la donation. C'est pourquoi si le droit que lui a donné son premier enfant est prescrit par le laps des trente années depuis, il lui reste encore le droit que lui donne la naissance du dernier.

On fera peut-être cette objection : Le donateur ayant acquis par la naissance du premier enfant le droit de révoquer la donation, la naissance des autres ne peut plus lui rien ſaire acquérir; car ce que j'ai une fois acquis et qui est à moi ne peut plus le devenir davantage. *Quod meum est ampliùs meum fieri non potest.* Je réponds que cette maxime est ici mal appliquée, et qu'il faut distinguer entre le droit de propriété et le droit de créance. Lorsque je suis propriétaire d'une chose je ne peux plus le devenir davantage en vertu de quelque autre cause que ce soit. C'est en ce sens que l'on dit : *Quod meum est meum ampliùs fieri non potest*

Mais lorsque je suis créancier d'une chose, rien n'empêche que je ne puisse devenir encore créancier de la même chose, *ex aliâ causâ.*

Suivant ces principes, quoique le donateur fût déjà devenu par la survenance de ce premier enfant créancier de la restitution des mêmes choses par lui données, rien n'empêche qu'il ne puisse devenir de nouveau créancier de la restitution des mêmes choses par la survenance du dernier, et que la créance qu'il avoit par la naissance du premier étant prescrite, celle qui lui a été acquise par la naissance du dernier puisse lui rester.

Ce que nous disons, que le droit de révoquer pour cause de survenance d'enfans ne se prescrit que par trente ans depuis cette survenance, a lieu, soit que ce soit le donataire, soit que ce soit un tiers qui soit détenteur des choses données (ordonnance de 1731, art. 45); car la raison qu'on ne peut prescrire contre un droit avant qu'il soit ouvert milite également à l'égard du tiers détenteur comme à l'égard du donataire lui-même.

C'étoit une question avant l'ordonnance si le donateur étoit recevable à demander la révocation de la donation après la mort de l'enfant dont la naissance avoit donné lieu au droit de la révoquer. Ricard pensoit qu'il n'y étoit pas recevable, et il rapporte des arrêts qui l'avoient jugé. On dit pour ce sentiment que l'existence de cet enfant étant la cause qui a donné lieu au droit de révoquer la donation, cette cause venant à cesser par la mort de cet enfant, le droit de révoquer la donation qui en étoit l'effet devoit aussi cesser. *Cessante causâ, cessat effectus.*

L'ordonnance, art. 43, a décidé au contraire qu'il y étoit recevable, parce que la donation ayant été une fois détruite, elle ne peut plus revivre. Le droit de rentrer de plein droit dans les

choses données ayant été une fois acquis au donateur, la mort de l'enfant ne peut pas le lui faire perdre.

Quant à ce qui concerne les raisons alléguées pour le sentiment contraire, la réponse est que ce raisonnement confond la cause avec le moyen. La cause qui a produit le droit de révoquer la donation est la cause virtuellement et implicitement inhérente au contrat de donation que la donation demeureroit révoquée en cas de survenance d'enfans. La naissance de l'enfant a fait exister la condition dont cette clause dépendoit; mais c'est proprement la clause inhérente au contrat de donation qui a produit l'effet de la révocation de la donation. La naissance de l'enfant n'est que la condition de cette clause et le moyen par lequel cette clause a produit son effet; et la condition ayant une fois existé par la naissance de l'enfant, et y ayant eu en conséquence ouverture à la clause, peu importe que cet enfant vienne à mourir par la suite.

C'étoit aussi une question avant l'ordonnance si le donateur étoit recevable dans la demande en révocation de la donation, lorsque, depuis la survenance d'enfans, il l'avoit approuvé, soit expressément, soit tacitement, *v. g.*, en permettant, depuis la survenance d'enfans au donataire, de se mettre en possession des choses données. L'ordonnance, art. 43, déclare de nul effet ces confirmations, soit expresses, soit tacites. La raison est que la donation étant détruite de plein droit par la survenance d'enfans, elle n'existe plus. Or ce qui n'est plus ne peut pas être confirmé; c'est pourquoi elle ordonne que le donateur ne pourra donner les mêmes effets au donataire que par une nouvelle disposition revêtue de toutes ses formes.

ARTICLE III.

De la révocation de la donation pour cause d'ingratitude.

La loi dernière, *codice de revoc. donat.*, décide que les donations peuvent être révoquées par l'ingratitude du donataire envers le donateur.

Il n'est pas nécessaire pour le fondement de cette décision de supposer dans le contrat de donation une clause tacite pour la résolution de la donation en cas d'ingratitude : ce cas ne peut pas être supposé; car lorsque quelqu'un donne à son ami, il ne peut pas même s'imaginer qu'il arrive jamais qu'il se porte envers lui aux excès qui donnent lieu à cette révocation.

Il suffit, pour fonder la révocation des donations, de dire que les injures commises par un donataire envers son bienfaiteur, outre le caractère de malice commun aux injures faites par d'autres personnes, ayant un caractère particulier de malice, qui est l'ingratitude, elles doivent être punies, outre la peine des injures ordinaires, d'une peine particulière; et il n'y en a pas de plus naturelle que de dépouiller le donataire des bienfaits qu'il a reçus de celui qu'il a offensé.

§. I. Quelles sont les causes d'ingratitude qui peuvent donner lieu à la révocation de la donation.

La loi dernière, au code *de revocandis donat.* que nous avons déjà citée, rapporte cinq causes d'ingratitude. La première est, *si injurias atroces effundat.* Il suit de ce mot *atroces* que toutes injures proférées par le donataire contre le donateur ne donnent pas lieu à la révocation; il n'y a que celles qui sont atroces.

Pour qu'une injure soit atroce, il faut qu'elle tende à détruire la réputation du donateur dans les parties les plus essentielles, telles que la probité, les mœurs. Celles qui attaquent les mœurs sont plus ou moins atroces, suivant la qualité des personnes. Ce qu'on répand contre les mœurs d'une personne peut être une injure atroce à l'égard d'un ecclésiastique, d'un magistrat, d'une personne du sexe, et ne l'être pas à l'égard d'une personne d'une condition différente.

Il faut aussi, pour que l'injure soit atroce, qu'elle ne soit pas vague, mais qu'elle contienne des faits circonstanciés. Ainsi il ne suffiroit pas que le donataire dît en général que le donateur est un fripon, un libertin, il faut qu'il ait rapporté des faits déterminés et circonstanciés de friponnerie et de libertinage. La raison en est que les injures vagues font fort peu d'impression, et ne font tout au plus que jeter des doutes sur la réputation d'une personne, mais ne vont pas à la détruire.

On demande s'il y a lieu à la révocation de la donation, non-seulement dans le cas de la calomnie, mais même lorsque les choses que le donataire a répandues contre la réputation du donateur sont vraies. Ricard dit qu'oui : j'y trouve de la difficulté; car, quoique la simple médisance soit en elle-même mauvaise, et que ce soit pécher contre la charité que de révéler les fautes d'autrui, à moins qu'il n'y ait de justes sujets de le faire, et que cette médisance acquiert un nouveau degré

de malice lorsqu'elle attaque une personne à qui nous devons de la reconnoissance; néanmoins le coupable, ayant donné lieu plus que tout autre à la médisance, ne me paroît pas recevable à s'en plaindre, ni à prétendre qu'on lui fasse tort en lui ôtant une réputation qui ne lui appartient pas. C'est pourquoi la loi 18, ff. *de injur.* ne regarde pas la médisance comme une injure, lorsque les faits sont vrais : *qui nocentem infamavit, non est bonum et æquum, ob eam rem condemnari.* Par la même raison, la loi 14, *de bon. liber. fin.* dit que le fils d'un patron n'est pas indigne de la succession d'un affranchi, pour l'avoir accusé d'un crime qui étoit vrai. Au reste, la question ne reçoit guère d'application dans la pratique; car, quelque vrais que puissent être les faits que le donataire a répandus contre la réputation du donateur, ils ne passeront pas pour vrais, et le donataire ne seroit pas recevable à en demander la preuve. C'est pourquoi il y auroit toujours lieu de condamner le donataire.

Il suit du terme *effundat*, dont se sert la loi, que, pour qu'il y ait lieu à la révocation de la donation, il ne suffit pas que le donataire ait dit à une ou deux persennes les faits injurieux, il faut qu'il les ait divulgués et rendus publics.

La seconde cause est, *si manus impias inferat*, comme si le donataire avoit donné au donateur des coups de bâton, un soufflet, un coup de poing; à moins que ce ne fût en se revanchant. Cela a lieu, non-seulement si le donataire a fait lui-même cette insulte, mais s'il l'a fait faire par un autre. *Nam qui mandat ipse fecisse videtur.*

La troisième cause, *si jacturæ molem ex insidiis suis ingerat.* Si le donataire cause la ruine de la fortune du donateur en tout ou pour la plus grande partie, comme si, par les bruits qu'il avoit semés, il a fait perdre le crédit du donateur qui étoit un marchand, et par-là ruiné sa fortune; s'il l'avoit fait révoquer d'un emploi dont il subsistoit.

Seroit-ce une cause suffisante pour révoquer la donation, s'il lui avoit fait manquer un mariage avantageux? Il semble que non, car la loi parle du cas où le donataire a causé une perte au donateur dans ses biens; mais en empêchant ce mariage, il ne lui cause pas de perte, il l'empêche seulement de gagner.

La quatrième cause, *si vitæ periculum aliquod ei intulerit.*

Comme s'il lui avoit préparé du poison; s'il avoit été l'attendre pour le tuer.

La cinquième cause, *si quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minimè implere voluerit.* Ce qui est dit des conventions qui n'ont pas été rédigées par écrit n'est pas reçu parmi nous; car l'ordonnance de 1667 défendant la preuve testimoniale, outre le contenu d'un acte par écrit, le donateur allégueroit en vain que le donataire refuse d'exécuter les conventions qu'on supposeroit n'avoir été faites que verbalement lors de la donation, et n'avoir pas été insérées dans l'acte de donation; car le donataire en seroit quitte pour les nier, et le donateur, suivant la disposition de l'ordonnance, ne seroit pas recevable à les justifier.

Si les conventions sont par écrit, le refus du donataire de les exécuter, opère la résolution de la donation; mais un simple refus ne suffit pas pour cela : il faut que le donateur fasse assigner le donataire pour les accomplir, et qu'ayant été condamné de le faire à peine de déchéance de la donation, il n'ait pas encore satisfait. Auquel cas le donateur pourra alors faire prononcer que, faute, par le donataire, d'avoir satisfait, il sera déchu de la donation, et, en conséquence, condamné à la restitution des choses données.

Plusieurs pensent que ces cinq causes énoncées dans la loi ne doivent pas être regardées comme les seules qui puissent donner lieu à la révocation, qu'il peut y en avoir d'autres, qui sont laissées à l'arbitrage du juge, lequel estimera si elles contiennent une aussi grande ingratitude que celles énoncées en la loi.

C'est aussi un sentiment assez suivi, que lorsque c'est un enfant qui est donataire, les quatorze causes d'exhérédation dont il est parlé dans le code Justinien sont autant de causes à son égard pour révoquer les donations qui lui ont été faites par ses père et mère.

C'est aussi une opinion fort plausible que celle de ceux qui pensent que si le donateur étoit tombé dans une extrême indigence qui le mît hors d'état d'avoir de quoi vivre et de pouvoir en gagner, le refus d'alimens que lui feroit le donataire d'une portion considérable de ses biens devroit être regardé comme une cause d'ingratitude assez considérable pour le faire déchoir de sa donation. C'est un devoir naturel du do-

nataire de donner des alimens à son bienfaiteur dans le cas de nécessité lorsqu'il le peut. C'est sur le fondement de ce devoir que les lois ne permettent pas au donataire d'exiger du donateur ce qui lui a été donné, s'il ne reste pas au donateur de quoi fournir à ses alimens.

Si les lois n'ont pas permis au donataire de manquer à ce devoir naturel avant que la donation ait été consommée par la tradition, elles ne doivent pas lui permettre davantage d'y manquer après la tradition : l'accomplissement du bienfait, bien loin de le dispenser de ce devoir, ne doit servir qu'à l'y astreindre davantage. C'est pourquoi c'est un sentiment fort plausible que d'admettre le donateur d'une universalité des biens ou d'une portion considérable, à demander des alimens au donataire, si mieux il n'aime lui restituer ce qu'il possède des choses données.

§. II. Par qui et envers qui l'offense doit-elle être commise pour qu'il y ait lieu à la révocation de la donation ?

Pour qu'il y ait lieu à la révocation de la donation, il faut que ce soit le donataire lui-même qui ait commis l'offense : celle faite par le tuteur, par le père et gardien, n'y donne pas lieu.

Par la même raison, lorsque la donation a été faite à la femme, l'offense commise par son mari n'y donne pas lieu : lorsqu'elle a été faite à une église, l'offense commise par le titulaire n'y donne pas lieu.

Le mari et le titulaire ne doivent-ils pas être privés du droit qu'ils ont de jouir des choses données? Je ne le pense pas; car ni le mari ni le titulaire ne sont pas donataires. L'injure par eux commise n'est pas une injure commise par un donataire, mais une injure ordinaire qui ne doit être punie que des peines ordinaires, et non, en aucune manière, par la peine de la révocation de la donation, qui est une peine propre à l'offense commise par le donataire.

Qu'on n'oppose pas ce que nous avons décidé dans notre traité des fiefs, que l'offense commise par un mari, ou par un titulaire d'un bénéfice, envers le seigneur du fief, étoit punie par la privation du droit de jouir de ce fief, qu'avoit, soit le mari, soit le titulaire. La raison de différence est que le mari est vassal pour les propres de sa femme; le titulaire d'un bénéfice est vassal pour les fiefs de son église, et par conséquent ils

sont sujets aux peines des vassaux. Mais le mari n'est pas donataire des biens donnés à sa femme, ni le titulaire donataire des biens donnés à son église; et par conséquent, ils ne doivent pas être sujets aux peines propres aux donataires.

Que si l'offense est commise par le donataire lui-même, il y a lieu à la révocation de la donation quand même il seroit mineur; car la minorité n'exempte pas de la peine des délits qui se commettent par malice. *In delictis neminem ætas excusat* : et ailleurs, *ætati et imprudentiæ, non etiam malitiæ venia tribuitur.*

Pour qu'il y ait lieu à la révocation des donations, il faut aussi que ce soit envers le donateur lui-même que l'offense ait été commise. Celle faite à ses enfans ou autres héritiers n'y donne pas lieu. C'est ce qui est décidé par la loi 1re, *cod. de revocand. donat. Hoc jus stabit inter ipsos tantùm, qui liberalitatem dederint : cæterùm, nec filii eorum, nec successores ad hoc beneficium pertinebunt.*

Cela est sans difficulté lorsque l'offense est commise après la mort du donateur envers ses enfans ou sa veuve; car, n'étant faite qu'après sa mort, elle ne peut rejaillir sur lui, ni être censée faite à lui-même.

Mais y auroit-il lieu à la révocation de la donation si l'injure avoit été faite du vivant du donateur à sa femme ou à ses enfans, puisque telle injure rejaillit sur la personne du donateur, et est censée faite à lui-même, suivant ce que Justinien enseigne. *Institut. titulo de injur.* §. 2°. *Patitur quis injuriam non solùm per semetipsum, sed etiam per liberos suos, item per uxorem suam?*

Pour répondre à cette question, je dis qu'encore que l'injure faite à notre femme et à nos enfans soit censée faite à nous-mêmes, néanmoins celle qui nous est faite dans leur personne ne nous est pas si griève que celle qui nous est faite dans notre propre personne. Les mêmes injures qui faites à notre propre personne donneroient lieu à la révocation de nos donations, lorsqu'elles nous sont faites dans la personne de notre femme et de nos enfans n'y donneront pas lieu, à moins qu'elles ne soient extrêmement griéves.

L'injure faite après la mort du donateur à sa mémoire pourroit être assez atroce pour donner lieu à la révocation de la donation, si, par exemple, un donataire se rendoit calomnieusement dénonciateur, après la mort du donateur, d'un

crime pour lequel on fit le procès à sa mémoire, ou si, par fanatisme, il le privoit de la sépulture.

§. III. Quelles donations sont sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude.

Les donations, quoique faites en faveur du mariage, sont sujettes à cette révocation.

Les rémunératoires et les onéreuses y sont sujettes jusqu'à concurrence de ce qu'elles excèdent le prix des services ou des charges.

Les mutuelles, si nous suivons le sentiment de Ricard, n'y sont pas sujettes. On a jugé, par arrêt du 18 décembre 1714, rapporté au 6e tome du Journal des audiences, qu'elles y étoient sujettes. La raison est que, dans les donations mutuelles, on doit présumer que c'est l'amitié que j'ai pour le donataire qui est le principal motif qui m'a porté à donner, quoique l'espérance de profiter de celle qu'il me fait réciproquement y entre pour quelque chose; en quoi ces donations diffèrent des contrats aléatoires : c'est pourquoi elles exigent de la gratitude, et elles doivent être révocables lorsque le donataire manque à ce devoir.

Les remises faites à des débiteurs n'y sont pas sujettes lorsqu'elles n'ont pas été faites par principes de libéralité, mais par transaction, pour éviter un procès; par contrat d'atermoiement, pour faciliter le paiement; autrement elles y sont sujettes.

La donation pour le titre clérical n'y est pas sujette, à moins que le donataire ne fût pourvu d'un bénéfice qui lui en tînt lieu. La raison est que la révocation pour cause d'ingratitude contient une espèce de commise des choses données au profit du donateur. Or c'est une maxime, que ce qui ne peut s'aliéner ne peut se commettre; d'où il suit que le titre clérical étant inaliénable tant que le clerc n'est pas pourvu d'un bénéfice, il ne le peut commettre par son ingratitude.

Nec obstat ce que nous avons dit ci-dessus, que le mineur pouvoit commettre les choses à lui données pour cause de son ingratitude. La raison de différence est que les héritages du mineur ne sont inaliénables qu'en faveur du seul mineur, de laquelle faveur il s'est rendu indigne par son délit; au lieu que le titre clérical est inaliénable, non-seulement en faveur de l'ecclésiastique, mais en faveur de l'église.

Que si l'offense commise par le clerc donataire étoit telle qu'il ait été puni, pour raison de cette offense, de la mort civile ou de la dégradation, en ce cas, la personne n'appartenant plus à l'église, rien n'empêcheroit la révocation des biens à lui donnés pour titre clérical.

§. IV. De l'effet de la révocation pour cause d'ingratitude.

L'effet de la révocation pour cause d'ingratitude est très-différent de celui de la révocation pour survenance d'enfans. La clause pour survenance d'enfans étant une clause tacitement sous-entendue au contrat de donation, en vertu de laquelle, le cas venant à avoir lieu, le droit du donataire se résout *ex causâ necessariâ, et antiquâ donationi sive contractui inexistenti*, il s'ensuit, comme nous l'avons dit en son lieu, que le donataire n'ayant qu'un droit de propriété résoluble au cas de la survenance d'enfans, il n'a pu transférer à aucun autre qu'un droit résoluble par l'existence de la même condition; d'où il suit :

1° Que l'action en révocation pour cause de survenance d'enfans a lieu contre les tiers-détenteurs;

2° Que le donateur doit reprendre les mêmes choses données, sans aucune charge de servitude, hypothèques et autres droits réels que le donateur y auroit imposés.

Au contraire, la révocation pour cause d'ingratitude ne se faisant qu'en vertu d'une cause nouvelle, *ex causâ novâ*, et en punition de l'offense commise par le donataire, il s'ensuit :

1° Que les tiers-détenteurs ont acquis un droit absolu et non sujet à se résoudre par l'ingratitude du donataire, puisque cette cause de révocation n'est pas une cause nécessaire, ancienne et inhérente au contrat, et par conséquent n'est pas une cause qui affectât le droit qui leur a été transféré. D'ailleurs, il ne seroit pas juste que le donataire pût préjudicier par son fait à ces détenteurs; et comme la révocation pour cause d'ingratitude n'a lieu que pour punir le donataire, la peine ne doit tomber que sur lui.

2° Il s'ensuit, par les mêmes raisons, que le donateur, qui, pour cause d'ingratitude du donataire, rentre dans les choses données, n'y rentre qu'à la charge des droits de servitudes, hypothèques et autres droits réels que le donataire y a imposés. C'est ce qui est décidé en la loi 7, *cod. de revoc. donat.*, qui porte qu'en ce cas toutes les aliénations faites par le dona-

taire avant la litis-contestation (dans nos mœurs avant la demande) seront valables, et dont voici les termes : *Ante inchoatum cœptumque jurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, cæterisque causis legitimè alienata, minimè revocamus.*

A l'égard de celles faites depuis, la raison pour laquelle elles ne sont pas valables, c'est que, par les conclusions du donateur à la révocation de la donation de ces choses, il arrive qu'elles deviennent litigieuses au préjudice du demandeur.

Le donateur, dans le cas d'ingratitude du donataire, ne pouvant pas demander la restitution des choses données que le donataire n'a plus dans sa possession, peut-il au moins demander la restitution du prix dont le donataire se trouveroit enrichi au temps de la demande du donateur ? Dumoulin pense qu'il le peut; que ces termes de la loi 7, *cod. de revoc. donat.*, que nous avons citée : *Quidquid is ex donationis titulo tenet, eo die cogatur reddere*, doivent recevoir une interprétation étendue, et comprendre tout ce que le donataire se trouve avoir des bienfaits du donateur, non-seulement immédiatement et directement, mais même médiatement. Cette interprétation paroît un peu forcée : c'est pourquoi Ricard pense qu'elle ne doit pas être suivie. En effet, une disposition pénale telle qu'est celle-ci doit être renfermée dans ses termes. Or le sens oblique de ceux-ci, *quidquid donationis titulo tenet*, ne comprend que les choses mêmes qui ont été données, et non pas ce que le donateur a acquis du prix de ces choses; car il n'est pas vrai de dire qu'il les possède *donationis titulo*.

Il y auroit plus lieu d'admettre l'opinion de Dumoulin à l'égard des choses qui auroient été échangées pour celles données, parce que l'échange produit une subrogation. Néanmoins, Ricard pense que même la chose reçue en échange pour la chose donnée n'est point sujette à la révocation, parce que la loi a voulu seulement que ce qui étoit le gage de l'amitié ne demeurât pas en la possession de l'ingrat, ce qui ne convient qu'à la chose même qui a été donnée; qu'il en est de cette révocation comme de la commise pour félonie, qu'il n'y a que le fief même qui puisse être commis, et de même, qu'il n'y a que la chose même qui a été donnée qui puisse être sujette à la révocation.

Que doit-on dire si c'est de l'argent qui a été donné? Comme

l'argent est de nature à être employé aussitôt qu'il est reçu, et à ne pas demeurer en nature, il paroîtroit suivre de nos principes que les donations de sommes d'argent, quelque considérables qu'elles soient, ne pourroient jamais être sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude.

On peut dire que, comme on ne considère pas dans l'argent les corps, mais la valeur qu'il contient, le donataire peut être considéré comme possédant la chose qui lui a été donnée, lorsqu'il possède une augmentation de valeur dans ses biens, causée par la donation qui lui a été faite, et qu'en ce cas il y a lieu à la répétition de cette somme; et on pourroit dire la même chose de toutes les choses fungibles.

Si on a donné un fonds de boutique, il y a moins de difficulté à dire que, quoique ce ne soient pas les mêmes choses ni les mêmes marchandises, mais d'autres qui aient succédé à celles qui y étoient lors de la donation, c'est toujours le même fonds qui a été donné, et qu'ainsi elle est révocable, jusqu'à concurrence néanmoins de la valeur lors de la donation.

L'action de révocation pour cause d'ingratitude étant une action en réparation d'injure, il suit qu'elle ne doit être accordée qu'à la personne même du donateur qui a été offensé, et non pas à ses héritiers, et qu'elle ne peut avoir lieu, non plus, que contre la personne du donataire, et non contre ses héritiers. C'est ce qui est décidé par la loi 7, *cod. de revocand. donat. Actionem ita personalem esse volumus, ut vindicationis, id est, vindictæ tantùm habeat effectum, nec in hæredem detur, nec tribuatur hæredi.*

Néanmoins si la demande a été une fois donnée contre le donataire, et qu'il meure pendant l'instance, elle ne peut être reprise contre les héritiers du donataire, suivant cette règle de droit : *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent.* L. 139, ff. *de reg. juris.*

Par le droit romain il falloit pour cela qu'il y eût *litis contestatio;* mais selon nos mœurs le simple exploit de demande suffit pour cela et équipolle à la litis-contestation.

Par la même raison, lorsque la demande a été une fois donnée, quoique le donateur meure, son héritier peut suivre l'instance.

Je pense que l'héritier du donateur pourroit en un cas donner l'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude,

savoir, si le donateur n'avoit pu la donner, et que l'ingratitude du donataire eût été jusqu'à tuer le donateur.

§. V. Quelles fins de non recevoir sont admises contre cette action.

L'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude étant une dépendance de l'action qu'a le donateur pour la réparation de l'injure commise contre lui, il s'ensuit qu'elle est sujette aux mêmes prescriptions; ainsi l'action d'injure étant annale, la demande se prescrit pareillement par un an.

Néanmoins, si l'injure consistoit dans un crime dont la poursuite peut se faire pendant vingt ans, le donateur pourroit pendant ledit temps, en poursuivant la réparation du crime, conclure à la révocation de la donation.

C'est aussi par une suite de nos principes que la demande en révocation de la donation pour cause d'ingratitude cesse d'avoir lieu lorsque le donateur a donné des marques de réconciliation, car c'est un principe que l'injure s'éteint par le pardon de l'offense, et par conséquent cette action qui en est la suite.

ARTICLE IV.

Du droit de retour.

Le droit de retour qui a lieu dans les parlemens de droit écrit contient une espèce de résolution des donations.

Ce droit de retour tire son origine du droit romain, suivant lequel la dot profectice retournoit par la mort de sa femme à celui qui l'avoit donnée.

On appeloit *dot profectice* celle que le père de la fille ou quelque ascendant du côté paternel avoit fournie de son bien au mari pour la dot de sa fille. La dot étoit profectice, soit que la fille fût sous la puissance de son père, soit qu'elle fût émancipée, et ce droit de retour avoit lieu par la mort de la fille, même dans le cas où elle auroit laissé des enfans de ce mariage, sauf que le mari avoit droit d'en retirer quelque portion. Voyez à ce sujet notre titre *de jur. dot. sect.* 1, et notre titre *soluto matrim. num.* 10, dans nos *Pandectes*.

Sur ce fondement les interprètes ont établi le droit de retour qui a lieu à présent dans tous les parlemens de droit écrit, et qui seroit un droit fort inconnu aux jurisconsultes romains, s'ils revenoient au monde.

A l'exemple de la dot profectice qui par la mort de la fille

retournoit au père ou autre ascendant paternel qui l'avoit fournie, ils ont décidé que toutes les choses données aux enfans, à quelque titre que ce soit, par les ascendans, non-seulement du côté paternel, mais même par la mère et les ascendans du côté maternel, devoit retourner au donateur par la mort du donataire. Le parlement de Toulouse a même étendu cette jurisprudence à ce qui étoit donné par des proches parens collatéraux, comme par des oncles.

Quoique le retour de la dot profectice eût lieu, même en cas d'enfans, néanmoins, comme cela n'étoit pas bien nettement décidé par les textes qui sont dans le corps du droit romain, et que ce n'est que par les fragmens d'Ulpien, découverts dans le XVIe siècle, que nous avons appris à ne pouvoir douter que le retour de la dot profectice auroit lieu même en cas d'enfans, les anciens jurisconsultes, fondateurs de la jurisprudence du droit de retour des choses données, ont décidé que ce droit de retour n'auroit lieu que lorsque le donataire mourroit sans enfans, sauf néanmoins que si ces enfans du donataire venoient à mourir sans enfans, il y auroit lieu au droit de retour.

Enfin, comme le fonds de la dot profectice retournoit au père sans aucune charge d'hypothèques, servitudes et autres droits réels que le mari auroit pu y imposer, à cause de la loi *Julia*, qui défendoit toute aliénation et engagement de fonds dotal, ces interprètes fondateurs de la jurisprudence du droit de retour ont décidé que les choses données devoient pareillement, dans le cas de retour, retourner au donateur sans aucune charge.

Ce droit de retour, qui est de la pure invention des interprètes, n'a pas été reçu par le parlement de Paris pour les provinces de son ressort qui sont régies par le droit écrit, ainsi que l'atteste Ricard; à plus forte raison il n'a pas lieu dans les pays coutumiers. Ce n'est qu'à titre de succession que les ascendans du donataire succèdent aux choses qu'ils ont données à leurs enfans qui meurent sans enfans. C'est pourquoi, comme ce droit n'est pas d'usage parmi nous, nous n'en dirons pas davantage, et nous ne traiterons point les questions qui y donnent lieu.

ARTICLE V.

Du retranchement des donations pour la légitime des enfans.

Les donations entre-vifs sont sujettes au retranchement lorsqu'à la mort de celui qui les a faites il ne se trouve pas dans les biens qu'il laisse de quoi fournir la légitime de ses enfans.

La légitime est une portion de la part qu'auroit eue un enfant dans les biens de ses père, mère ou autres ascendans, s'ils n'en avoient pas disposé par des donations, soit entre-vifs ou testamentaires.

Cette portion, suivant le droit du digeste, étoit le quart; suivant le droit des novelles, c'est le tiers quand le nombre des enfans ne passe pas quatre, et la moitié lorsque le nombre passe quatre.

Les coutumes de Paris et d'Orléans règlent cette portion à la moitié.

C'est une question qui n'est pas bien décidée si, dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas, elle doit être réglée suivant la novelle ou suivant la coutume de Paris. J'aimerois à croire qu'on doit plutôt dans cette espèce suivre la coutume de Paris, qui, contenant les usages de la capitale, doit plutôt suppléer au silence des autres coutumes, que les lois romaines, qui ne sont qu'adoptives.

C'est la loi du domicile du défunt qui règle la légitime sur toutes les espèces de biens qui n'ont aucune situation, tels que les meubles, les rentes, etc. Celles sur les héritages et droits réels se règlent par la loi du lieu où ils sont situés.

§. I. Quels enfans peuvent demander la légitime.

Il résulte de la définition que nous venons de donner de la légitime, qu'elle n'est due qu'aux enfans qui sont habiles à succéder, et qui n'ont pas été exhérédés pour quelque cause légitime.

Par la même raison, la fille dotée qui, par son contrat de mariage, a renoncé à la succession de son père, ou qui, par la disposition particulière des coutumes où sont les biens de son père, est de droit exclue en conséquence de la dot qu'elle a reçue, ne peut demander sa légitime.

Si le père avoit des biens situés en différentes coutumes, la fille dotée, exclue de la succession des biens qui sont situés

dans une coutume qui a cette disposition, étant habile à succéder à ceux qui sont situés en d'autres coutumes qui n'ont pas pareille disposition, seroit par conséquent recevable à demander sa légitime sur lesdits biens, si son père en avoit disposé au préjudice de sa légitime.

De là naît une question, si en ce cas elle devra précompter sur la légitime qu'elle demande la dot qu'elle a reçue. Je pense qu'elle doit être censée avoir reçu cette dot en avancement du droit qu'elle avoit de succéder à tous les biens de son père quelque part qu'ils fussent. Par conséquent elle précomptera sur sa légitime une portion de sa dot, en raison égale de ce que les biens dont elle n'est pas exclue sont au total des biens du défunt. *Finge*, le père de cette fille avoit les deux tiers de son bien dans une coutume qui exclut les filles dotées de la succession, et l'autre tiers dans une coutume qui n'a pas une pareille disposition; sa fille sera censée avoir les deux tiers de sa dot pour lui tenir lieu de son droit de succéder dans la coutume où elle est exclue, et l'autre tiers en avancement de succession des autres biens; et par conséquent elle ne précomptera que le tiers sur la légitime qu'elle demande dans les autres biens.

Au reste, la fille n'est exclue du droit de succéder, ni par conséquent du droit de demander sa légitime, que lorsqu'elle a reçu la dot qui lui a été constituée. C'est pourquoi Lebrun décide fort bien, contre le sentiment de Papon, que si un père avoit promis seulement une dot exigible après sa mort la fille ne seroit pas exclue de la succession, ni en vertu des coutumes, ni en vertu de la renonciation qu'elle auroit faite; car ce n'est que la fille dotée qui est exclue, et elle ne l'est pas lorsqu'elle n'a rien reçu.

Il y a plus de difficulté si la dot étoit exigible et que le gendre lors de la mort de son beau-père ne s'en fût pas fait payer, parce que, n'ayant tenu qu'à lui de s'en faire payer, et les intérêts en ayant couru, la fille doit passer pour dotée: néanmoins, même en ce cas, Lebrun pense que la fille n'est exclue ni de la succession, ni par conséquent de la légitime.

Ricard pense que l'enfant ne peut demander sa légitime qu'il n'ait accepté la succession, au moins sous bénéfice d'inventaire; car la légitime étant *legitima pars hæreditatis*, comme le définissent les lois, la demande en légitime est une espèce de pétition d'hérédité qui ne peut résider que dans la personne d'un héritier. Plusieurs pensent au contraire qu'il

n'est pas nécessaire d'être héritier pour demander sa légitime; mais tous conviennent que, s'il est nécessaire d'être héritier pour demander la légitime par voie d'action, il n'est pas nécessaire de l'être pour la retenir par voie d'exception. C'est pourquoi, si un enfant demandoit sa légitime contre un autre enfant dernier donataire, qui n'auroit lui-même dans ce qui lui auroit été donné que ce qui est nécessaire pour remplir sa légitime, cet enfant donataire, quoiqu'il eût renoncé à la succession pour se tenir à son don, pourra néanmoins retenir sa légitime sur ce qui lui a été donné; et en conséquence il aura congé de la demande en légitime de son frère, qu'il renverra contre les donataires précédens.

Il reste à observer que la demande en légitime passe aux héritiers des enfans à qui elle appartient, quand même ils ne l'auroient pas formée de leur vivant. Leurs créanciers sont aussi admis à la former.

§. II. Des donations qui sont sujettes au retranchement de la légitime.

Les donations faites avant que le légitimaire fût au monde sont-elles sujettes au retranchement de la légitime? La raison de douter est que l'obligation naturelle que contracte le père envers ses enfans, et dans laquelle consiste le droit de légitime, ne peut pas être censée contractée avant que l'enfant fût au monde, parce que toute obligation suppose une personne existante envers qui le débiteur s'oblige.

On ne peut donc pas dire que la donation faite avant la naissance de l'enfant soit faite au préjudice et en fraude de la légitime, puisque la légitime n'étoit pas alors due, et que l'obligation naturelle sur laquelle elle est fondée n'étoit pas alors contractée.

Nonobstant ces raisons, il est certain que les donations, quoique faites avant la naissance de l'enfant qui demande sa légitime, y sont sujettes; le devoir naturel nous oblige à conserver nos biens, non-seulement aux enfans que nous avons déjà, mais encore à ceux que nous pourrons avoir par la suite; et de même que les aliénations faites par celui qui auroit été chargé d'un fidéicommis envers ses enfans à naître, ne laisseroient pas de pouvoir être révoquées par ses enfans à naître comme faites au préjudice du fidéicommis, quoiqu'elles eussent été faites avant la naissance de ces enfans; de même, ces donations, quoique faites avant la naissance de l'enfant

légitimaire, doivent être sujettes au retranchement de la légitime de cet enfant, comme faites au préjudice du droit naturel, qui contient comme une espèce de fidéicommis dont la nature nous charge envers eux.

Les donations, quoique faites à l'église, aux hôpitaux, et quelque favorables qu'en soient les causes, sont sujettes au retranchement de la légitime; car la légitime est une dette. Or on ne peut pas faire de donation, quelque favorable qu'elle soit, au préjudice de ce qu'on doit.

Les dots des filles sont-elles sujettes au retranchement de la légitime du vivant du gendre et pendant que la communauté dure? La raison de douter est qu'encore que la dot soit à l'égard de la fille une donation que lui fait son père, il semble qu'on ne puisse pas dire la même chose à l'égard du gendre, qui a le droit de jouir de cette dot à titre onéreux, savoir, à la charge de supporter les charges du mariage, *ad sustinenda onera matrimonii;* d'où il semble suivre que les autres enfans ne peuvent, pour raison de leur légitime, donner atteinte au droit qu'a le gendre de jouir de cette dot. Néanmoins il est certain que la dot est sujette au retranchement, pour la légitime des autres enfans, même du vivant du gendre (ordonnance de 1731, art. 35); car, ayant dû savoir que la dot, par sa nature de donation faite à sa femme, étoit sujette à la légitime des autres enfans, il est censé lui-même l'avoir reçue à cette charge; et quoiqu'il l'ait à son égard à titre onéreux, il ne peut néanmoins l'avoir qu'aux mêmes charges sous lesquelles elle est donnée à sa femme.

Il y en a qui, avant l'ordonnance, distinguoient si la dot avoit été fournie au gendre en héritages ou si elle l'avoit été en deniers qui ne fussent plus en nature, prétendant qu'en ce dernier cas le gendre ne pouvoit être sujet à la demande en retranchement de légitime. L'ordonnance, art. 35, a rejeté cette distinction par les raisons ci-dessus rapportées.

Quid si, en conséquence de la dot, la fille étoit exclue de la succession de son père, soit par sa renonciation faite par le contrat, soit par la loi du pays? Il y en a qui, avant l'ordonnance, pensoient qu'en ce cas cette dot n'étoit pas sujette à la légitime des autres enfans, parce que cette fille étant exclue de pouvoir jamais profiter de la succession de son père et de sa bonne fortune, elle devoit en récompense ne pas souffrir de sa mauvaise fortune. Ce sentiment a été rejeté par l'ordonnance,

art. 35, qui porte que même en ce cas la dot sera sujette à la légitime.

La dot fournie pour la profession religieuse d'une fille est-elle sujette au retranchement de la légitime des autres enfans? Je ne le pense pas; car ce n'est pas une donation qui est faite à la fille, qui par sa profession religieuse devient incapable d'acquérir; ce n'est pas non plus une donation qui soit faite au couvent qui reçoit la somme, étant donnée à titre onéreux et pour le prix des alimens que le couvent se charge de fournir à cette fille.

Les donations mutuelles sont-elles sujettes au retranchement de la légitime? Je le pense; il ne doit pas plus être permis de dépouiller ses enfans par des donations mutuelles que par des donations simples.

Les donations rémunératoires et onéreuses, lorsque les services et les charges ne sont pas appréciables à prix d'argent, sont de vraies donations, qui sont par conséquent sujettes à la légitime.

Si les services ou les charges sont appréciables à prix d'argent, elles n'y seront pas sujettes jusqu'à la concurrence du prix desdits services ou charges; elles le seront pour le surplus.

Les conventions matrimoniales ne sont pas réputées donations, et par conséquent ne sont pas sujettes à la légitime.

C'est pourquoi, s'il étoit convenu que le mari survivant ne seroit tenu de rendre pour tout droit de communauté aux héritiers de la femme que ce qu'elle y a apporté, ou qu'une certaine somme, quoique la communauté se trouve très-avantageuse, cet avantage ne sera pas sujet à la légitime des enfans de la femme; car le mari survivant ne retient point en ce cas les biens de la communauté en vertu d'aucune donation que la femme lui ait faite, mais parce que c'est une clause et une condition du contrat de communauté qui a été fait entre eux, qu'il n'y auroit que la femme, si elle survivoit, qui auroit droit de partager la communauté, et que ses héritiers ne l'auroient pas.

Par la même raison, le douaire qui est accordé à une femme n'est point regardé comme une donation sujette à la légitime des enfans, car c'est une convention ordinaire des mariages; d'ailleurs il tient lieu du coutumier, qui est un avantage de la loi.

Néanmoins, si le douaire étoit excessif, on pourroit soutenir que jusqu'à concurrence de ce qu'il excéderoit le coutumier,

il devroit être regardé comme une donation sujette à la légitime.

Le préciput est un véritable avantage. Néanmoins, lorsqu'il est mutuel et qu'il n'est pas excessif, il peut passer pour une convention ordinaire de mariage, plutôt que pour une donation sujette à la légitime.

§. III. Comment se fait la supputation de la légitime, et quels enfans doit-on compter pour régler la portion du légitimaire ?

La portion du légitimaire étant la moitié de la part qu'il auroit eue dans les biens du défunt si le défunt n'avoit pas disposé par donations, soit entre-vifs, soit testamentaires, il s'ensuit que pour régler cette part il faut composer une masse de tous les biens que le défunt a laissés à son décès, même de ceux qu'il auroit légués, à laquelle il faut ajouter, par fiction, tous ceux dont il a disposé de son vivant par des donations entre-vifs, soit à ses autres enfans, soit à des étrangers. Ces biens, dont le défunt a disposé par donation entre-vifs, doivent être, ainsi que ceux que le défunt a laissés lors de son décès, estimés le prix qu'ils valent lors de l'ouverture de la succession, et couchés pour ce prix dans ladite masse.

Cependant les biens mobiliers qui ont été donnés entre-vifs s'estiment eu égard à ce qu'ils valoient au temps de la donation.

Il en est de même des offices : comme le donataire n'en peut être dépossédé, et qu'il prend l'office à ses risques, l'office doit être estimé eu égard au temps de la donation.

Cette masse ainsi composée, on doit en déduire les frais funéraires, les dettes et autres charges de la succession, non-seulement ce qui est dû à des tiers, mais ce qui est dû aux héritiers et au légitimaire lui-même.

La légitime est la moitié de la part qu'auroit eue le légitimaire dans ce restant; mais comme cette part dépend du nombre des enfans qui l'auroient partagée avec lui, il faut savoir quels sont les enfans qu'on doit compter.

On doit compter les enfans qui viennent effectivement à la succession, ou qui y seroient venus si le défunt n'avoit pas fait les donations et legs qu'il a faits.

C'est pourquoi on doit compter ceux qui renoncent en conséquence des legs ou donations entre-vifs qu'ils ont reçus, car ils y seroient venus s'ils ne les eussent pas reçus; d'où il suit

qu'ils doivent être comptés pour régler la part qu'auroit eue le légitimaire dans la masse des biens qui se seroient trouvés si le défunt n'avoit fait ni donations ni legs.

On doit même compter dans ce nombre les filles qui, par leur renonciation ou par la disposition des coutumes, sont incapables de succéder au défunt en conséquence de la dot qu'elles ont reçue; car, n'étant incapables qu'en conséquence de la dot qu'elles ont reçue, il est également vrai de dire qu'elles auroient partagé si le défunt n'avoit fait aucune donation.

Voyons maintenant les enfans qu'on ne doit pas compter : ce sont ceux qui sont prédécédés, à moins qu'ils n'aient laissé des enfans qui les représentassent dans cette succession, ou qu'ils n'y renoncent en conséquence de ce qui a éte reçu par la personne qu'ils représentent.

Les prédécédés qui n'ont pas laissé d'enfans qui puissent les représenter ne sont pas comptés, quand même ils auroient reçu des dots considérables; car ce n'est pas en conséquence des dots qu'ils ont reçues qu'ils n'y viennent pas, mais parce qu'ils sont prédécédés.

Par la même raison, ceux qui, lors de l'ouverture de la succession, sont morts civilement ne sont pas comptés, à moins qu'ils ne soient représentés par leurs enfans.

On ne doit pas compter une fille religieuse, quoiqu'elle ait reçu une dot égale à la part qu'elle auroit eue dans la succession si elle fût restée dans le siècle; car ce n'est pas la dot qu'elle a reçue, mais sa profession qui l'exclut de la succession.

L'enfant qui a renoncé gratuitement et sans avoir rien reçu ne doit pas être compté non plus.

§. IV. Quelles choses s'imputent sur la légitime.

Après qu'on a réglé, de la manière qu'on l'a expliqué dans le paragraphe précédent, à quoi montoit la légitime d'un enfant, pour connoître s'il s'en trouvera rempli ou non, il faut savoir quelles sont les choses qu'il doit imputer ou précompter sur cette légitime.

L'enfant doit imputer et précompter sur sa légitime tout ce qu'il a reçu de la libéralité du défunt, à quelque titre de libéralité que ce soit; en quoi notre droit est différent du droit romain, selon lequel les donations entre-vifs ne s'imputoient

sur la légitime que lorsqu'elles étoient faites à cette condition.

Les choses dont le défunt étoit grevé de substitution à son profit, ne s'imputent pas sur la légitime; car il ne les tient pas de la libéralité du défunt, qui les lui devoit.

Ce que prend le légitimaire dans les biens retranchés de la donation faite à un second mari ou à une seconde femme, en vertu de l'édit des secondes noces, dont il sera parlé ci-après, ne s'impute pas non plus sur la légitime; car cet enfant les tient, non de la libéralité du défunt, mais du bénéfice de la loi.

Cette décision n'a lieu que vis-à-vis des légataires ou des donataires postérieurs à la donation du second mari, parce que leurs legs et donations devant être épuisés pour la légitime des enfans avant que celle faite au second mari, qui est antérieure, puisse recevoir d'atteinte pour la légitime, suivant l'ordre que nous expliquerons dans le paragraphe suivant, le retranchement que la donation faite au second mari souffre pour une autre cause ne doit pas les regarder ni leur profiter.

§. V. Quand les donations entre-vifs souffrent-elles retranchement pour la légitime des enfans? dans quel ordre, et si la demande a lieu contre les tiers-acquéreurs.

Les donations entre-vifs ne peuvent souffrir de retranchement pour la légitime des enfans du donateur, que lorsque ce sont elles qui y ont donné atteinte; et on ne peut dire qu'elles y aient donné atteinte, que lorsqu'il ne se trouve pas dans les biens que le donateur a laissés, même dans ceux dont il a disposé par testament, de quoi la remplir; car s'il se trouve dans ce bien de quoi la remplir, il est vrai de dire que ce sont les dispositions testamentaires, et non les donations entre-vifs, qui y ont donné atteinte; puisque, si le donateur n'eût pas fait ces dispositions testamentaires, il y auroit eu, malgré la donation, de quoi remplir la légitime; et que la donation étant irrévocable, et ayant son effet du jour de sa date, il n'a pas dû demeurer au pouvoir du donateur d'y donner atteinte par des dispositions testamentaires; ce qui arriveroit néanmoins si ces dispositions testamentaires ne devoient être épuisées entièrement pour la légitime des enfans avant qu'on pût attaquer les donataires entre-vifs. Cela a lieu quand même le testament auroit été fait avant la donation; car il n'est pas plus

permis au donateur de donner atteinte à sa donation, en conservant un testament précédemment fait, que d'y donner atteinte par un testament qu'il feroit depuis; les testamens, en quelque temps qu'ils soient faits, n'ayant d'effet que depuis la mort du testateur, ils ne peuvent donner atteinte aux donations entre-vifs, qui ont effet du jour de leur date.

Suivant ces principes, lorsqu'après toutes les dettes acquittées, même après avoir pris ce qui étoit nécessaire pour remplir les enfans héritiers de ce qui leur restoit dû par le défunt s'il ne reste pas dans les biens dont le défunt a disposé de quoi remplir la légitime de quelque enfant, elle doit se prendre d'abord sur les légataires universels, qui doivent la fournir avant les légataires particuliers; car ils ne sont légataires que de ce qui reste après les legs particuliers acquittés; ensuite tous les légataires particuliers y doivent contribuer, chacun au sol la livre de leur legs : car tous les legs n'ayant d'effet que du jour de la mort du testateur, ils sont censés avoir une même date, et aucun ne peut avoir d'avantage sur l'autre; les légataires pour cause pie n'ont pas même à cet égard plus d'avantage que les autres.

Si, après que tous les legs ont été épuisés, il manque encore quelque chose à la légitime de l'enfant à qui elle est due, il peut demander ce qui en manque aux donataires entre-vifs, en commençant par celui qui est le dernier en date.

Les donations antérieures ne peuvent souffrir de retranchement pour la légitime, que les postérieures ne soient épuisées; car tant qu'il reste de quoi les remplir dans ce qui a été donné postérieurement, il est vrai de dire que ce ne sont pas les donations antérieures qui y ont donné atteinte.

Néanmoins, lorsque, par un contrat de mariage, il y a un donataire de la totalité des biens présens et à venir, ce donataire est seul chargé, même avant les donataires postérieurs, d'acquitter toutes les légitimes des enfans, quand même cette charge ne seroit pas exprimée par la donation (ordonnance de 1731, art. 36), à moins qu'il ne voulût se tenir à la donation des biens présens que le donateur avoit lors de la donation; auquel cas il ne seroit tenu desdites légitimes qu'après que les biens postérieurement acquis seroient épuisés. (Ordonnance de 1731, art. 37.)

Si la donation n'est que d'une partie des biens présens et à venir, le donataire, s'il n'a pas été expressément chargé des

légitimes, n'en sera tenu que dans son ordre, et après toutes les donations postérieures.

Si la donation d'une partie des biens présens et à venir avoit été expressément chargée des légitimes, le donataire sera tenu, même avant les donations postérieures, de fournir la même part desdites légitimes qu'est la part des biens dont il est donataire, à moins qu'il ne voulût s'en tenir aux biens présens; auquel cas il n'en seroit tenu qu'après tous les biens postérieurement acquis épuisés.

Si, parmi les légataires ou donataires entre-vifs contre qui un des enfans demande sa légitime, il se trouvoit un autre enfant, il ne contribueroit à la légitime demandée que pour raison de ce que le don ou legs contiendroit de plus que sa propre légitime, qu'il a pareillement droit de prétendre; car ce legs ou don à lui fait n'est don que pour l'excédant.

Si le dernier donataire, dont la donation a donné atteinte à la légitime, avoit dissipé l'argent qui lui avoit été donné, et étoit insolvable, on demande si en ce cas l'enfant pourroit se pourvoir contre les donataires antérieurs. Les auteurs sont partagés sur cette question. Ceux qui tiennent la négative disent que, puisque l'argent donné en dernier lieu auroit été suffisant pour remplir la légitime, c'est la seule donation faite en dernier lieu qui y donne atteinte; d'où il suit que les donations précédentes, n'y ayant pas donné atteinte, ne doivent pas souffrir de retranchement. Le sentiment contraire me paroît beaucoup plus équitable et mieux fondé en raison. Il est bien vrai que si le dernier donataire n'eût pas dissipé ce qui lui a été donné, les donations antérieures ne donneroient aucune atteinte à la légitime, le légitimaire pouvant la trouver dans ce qui a été donné en dernier lieu; mais le légitimaire ne pouvant plus la trouver dans ce qui a été donné en dernier lieu, par la dissipation qu'en a faite le donataire, et par son insolvabilité, dès lors les donations antérieures se trouvent donner atteinte à la légitime, de même qu'elles y donneroient atteinte si le donateur eût dissipé lui-même ce qu'il a donné en dernier lieu; car peu importe à l'égard du légitimaire que ce soit un dernier donataire ou le donateur lui-même qui l'ait dissipé.

Enfin, l'ordonnance de 1731, art. 34, paroît confirmer notre sentiment. La légitime se reprendra donc sur la dernière donation, et subsidiairement sur les autres.

Au surplus, en ce cas, il ne faudra point comprendre en la

masse des biens qu'on compose pour régler la légitime, ce qui a été donné au dernier donataire insolvable, tout comme on ne compteroit pas ce que le donateur auroit dissipé; ce qui fera monter la légitime à moins.

Il reste à observer que la demande en légitime a lieu non-seulement contre les donataires, mais contre les tiers-acquéreurs qui ont acquis d'eux les choses données; car la condition du retranchement pour la légitime des enfans est une condition inhérente aux donations qui affectent les choses données, et par conséquent ne peuvent passer aux tiers-acquéreurs que sous cette condition, le donataire, qui les a sous cette condition, ne transférant aux tiers-acquéreurs pas plus de droit qu'il n'en a lui-même, comme nous l'avons dit plus haut.

§. VI. De l'effet du retranchement des donations pour cause de légitime.

Lorsqu'une donation se trouve être sujette au retranchement de la légitime, le donataire doit restituer au légitimaire une portion dans les choses qui lui ont été données, qui remplisse la légitime de cet enfant. Cette portion doit être délivrée *in specie;* et il ne suffiroit pas au donataire d'en offrir l'estimation : car la donation n'étant pas valable pour cette portion, c'est de cette portion *in specie* que le légitimaire est créancier, et non pas de l'estimation.

De là la maxime que la légitime doit être fournie en corps héréditaires.

Cette portion que le légitimaire fait retrancher à son profit dans les choses données, passe au légitimaire sans aucune charge d'hypothèque et autres droits réels, que le donataire auroit pu y imposer; car le droit du donataire dans cette portion retranchée se résolvant en vertu d'une cause ancienne et inhérente au titre de la donation, tous les droits qu'il y a imposés doivent se résoudre pareillement, n'ayant pas pu accorder davantage de droit qu'il n'en avoit lui-même; et c'est le cas de la règle de droit : *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

Le retranchement de la portion des choses données, nécessaire pour remplir la légitime des enfans, se fait de plein droit, en vertu de la loi qui saisit l'enfant de sa légitime; et par conséquent les fruits de cette portion doivent lui être restitués du jour du décès.

Le retranchement de cette portion indivise des choses don-

nées, donne lieu à un partage entre le donataire et le légitimaire, que l'un ou l'autre peut demander.

Ce partage opère une garantie entre le donataire et le légitimaire, des choses qui tombent dans leurs lots respectifs, telle qu'elle a coutume d'avoir lieu entre les partageans.

Par cette action de garantie, le légitimaire qui a été évincé répète contre le donataire le prix de la chose évincée, sous la déduction d'une partie du prix de cette chose qui est pareille à sa portion dans la masse des biens sujets à la légitime, de laquelle portion du prix il doit faire déduction et confusion sur lui. La raison de cette déduction est que la chose évincée se trouvant ne point faire partie des biens du défunt, elle ne devoit pas être comprise, comme elle l'a été, en la masse des biens sur laquelle on a réglé la légitime. Cette masse doit donc être diminuée, et on y doit ôter le prix de la chose évincée; et par conséquent, si, par exemple, eu égard au nombre des enfans, la légitime étoit du huitième de cette masse, et qu'elle se trouvât diminuée du huitième de ce prix qu'on déduit de la masse, le légitimaire ne pourroit répéter contre le donataire le prix de la chose évincée, que sous la déduction de cette portion.

Si le donataire, dans ce qui lui reste, n'avoit pas de quoi fournir à la légitime, le légitimaire, pour ce qui s'en manqueroit, se pourvoiroit contre le donataire précédent.

Si le donataire, de son côté, est évincé dans quelques-unes des choses qui sont tombées en son lot, le légitimaire est tenu envers lui de l'éviction pour une portion pareille à celle qu'il avoit dans la masse des biens sujets à la légitime; car cette chose évincée, que nous supposerons par exemple être de la valeur de 4000 livres, se trouvant ne pas faire partie des biens du défunt, cette masse dans laquelle elle a été mal à propos comprise a été de 4000 livres plus forte qu'elle ne devoit l'être; d'où il suit que la légitime, que nous supposons, eu égard au nombre d'enfans, avoir été la huitième portion de ladite masse, se trouvera par proportion avoir été réglée à 500 livres de plus qu'elle ne devoit l'être, que le légitimaire devra, par conséquent, au donataire qui en a souffert le retranchement.

Le légitimaire a un privilége par-dessus tous les créanciers du donataire, sur les biens restés au donataire, pour la garantie des choses qui lui ont été délaissées pour sa légitime; et *vice*

versâ, le donataire a pour la garantie dont nous venons de parler un privilége par-dessus toutes les créances du légitimaire, sur les choses qui lui ont été délivrées.

§. VII. Quelles fins de non-recevoir ont lieu contre la demande en retranchement de la légitime.

L'enfant est non-recevable dans cette demande lorsque, depuis que le droit de légitime a été ouvert à son profit, par la mort de ses père ou mère, il y a renoncé; car chacun peut renoncer à ses droits.

Si néanmoins l'enfant étant insolvable y avoit renoncé en fraude de ses créanciers, ils seroient recevables, nonobstant cette renonciation, à exercer ses droits pour raison de sa légitime.

L'approbation que donne l'enfant au testament du défunt n'est une renonciation au droit légitime que lorsque l'enfant n'a pu ignorer que le testament y donnoit atteinte.

La prescription de trente ans, qui exclut toutes les actions, exclut aussi la demande en légitime; et cette prescription court contre les enfans majeurs, du jour du décès de la personne qui a donné ouverture au droit de légitime en la succession.

On demande si l'enfant qui s'est mis en possession sans faire inventaire des biens de la succession de son père, est recevable dans la demande en retranchement de la légitime : les raisons pour la négative sont que l'enfant, en ne faisant pas d'inventaire, s'est mis par son fait hors d'état de pouvoir constater la valeur des biens qui se sont trouvés lors du décès; d'où il suit que, par son fait, on ne peut plus connoître si ces biens ont été suffisans ou insuffisans pour le remplir de sa légitime. Étant donc incertain, et même par son fait, s'il est rempli ou non de sa légitime, il ne peut la demander, parce qu'il s'est mis hors d'état de fonder sa demande. On ajoute que la novelle de Justinien fait décheoir de la falcidie l'héritier qui a manqué de faire inventaire, et l'astreint même au paiement des legs au-delà des forces de la succession. Nonobstant ces raisons, qui sont assez fortes, Ricard pense que l'enfant peut, même en ce cas, être recevable à demander sa légitime, et qu'à défaut d'inventaire on constatera, autant qu'il sera possible, les forces de la succession par des enquêtes de commune renommée. Il dit que ce que la novelle décide touchant la fal-

cidie et contre l'héritier institué, étant une peine, doit être renfermé dans son cas, et ne peut être étendu à la légitime, qui est infiniment plus favorable. Il ajoute que la difficulté de constater les forces de la succession, dans laquelle s'est mis l'enfant par imprudence, ignorant peut-être alors les donations que son père avoit faites, ne doit pas le priver d'un droit aussi favorable que celui de la légitime, lorsqu'aucune loi n'en prononce la privation, et qu'il faut seulement, en ce cas, suppléer à cette difficulté par les ressources ordinaires de la commune renommée, qu'on emploie en beaucoup d'autres cas. Il autorise son sentiment de celui de Ménard, d'Olive, et de l'usage du parlement de Toulouse.

ARTICLE VI.

Du retranchement que souffrent dans quelques coutumes les donations entre-vifs pour la légitime coutumière.

Il y a quelques coutumes qui défendent de disposer par donations entre-vifs au-delà d'une certaine portion des propres. Telle est dans notre voisinage la coutume de Blois, qui porte que les personnes qui ne sont pas nobles ne peuvent donner entre-vifs plus de la moitié de leurs propres.

Cette portion des propres dont les coutumes défendent de disposer est une espèce de légitime qu'elles accordent aux héritiers du donateur de la ligne d'où les propres procèdent. On appelle cette légitime *coutumière*, à la différence de celle dont nous avons parlé à l'article précédent, qui se nomme légitime de *droit*.

§. I. Par quelles personnes peut être prétendue la légitime coutumière.

Cette légitime étant accordée aux héritiers de la ligne, il s'ensuit qu'il ne peut y avoir lieu à cette légitime lorsque le donateur ne laisse aucun héritier de la ligne.

Il suit de là que des héritiers d'une autre ligne, qui, à défaut d'héritiers de la ligne, auroient succédé au défunt, ne seroient pas recevables à demander que les donations de propres faites par le défunt fussent réduites à la portion dont la coutume permet de disposer.

Cette légitime coutumière est accordée aux héritiers de la ligne principalement, en tant qu'héritiers, à la différence de celle de droit, qui est accordée aux enfans principalement

en tant qu'enfans; d'où il suit qu'encore que les enfans, sans être héritiers, puissent avoir leur légitime de droit, au moins par voie de rétention sur les choses qui leur auroient été données et léguées, les héritiers présomptifs de la ligne, s'ils n'ont accepté la succession, ne peuvent retenir aucune part, même par voie de rétention, de ce qui appartient en entier à ceux de la ligne qui se sont portés héritiers.

Il suit de ces principes que le curateur à la succession vacante du donateur et les créanciers du donateur ne peuvent demander la réduction des donations lorsque les héritiers de la ligne ont renoncé à la succession.

Mais si quelqu'un des héritiers de la ligne renonce à la succession en fraude de ses propres créanciers, lesdits créanciers, étant reçus à exercer tous ses droits, peuvent accepter en sa place la succession, et former la demande en réduction.

§. II. Quelles donations sont sujettes à ce retranchement.

On doit à cet égard suivre les règles établies pour la légitime de droit.

Lorsqu'on vend un héritage, et que, par le même contrat, on fait remise du prix, ce ne peut être un vrai contrat de vente; c'est donc une vraie donation de l'héritage propre, sujette au retranchement, et non pas seulement une donation du prix.

Secùs si la remise n'eût été faite que *ex intervallo*, ou qu'il n'y eût pas eu lieu de soupçonner de la fraude.

§. III. En quel cas y a-t-il lieu à cette légitime?

Cette légitime étant due aux héritiers, et n'y ayant d'héritiers qu'après la mort, il s'ensuit qu'elle n'est ouverte que du jour du décès du donateur, et que c'est eu égard à ce temps qu'il faut juger si le donateur a disposé au-delà de la portion réglée par la coutume.

C'est pourquoi si à Blois une personne eût donné tous les propres qu'elle avoit au temps de la donation, et que par des successions échues depuis au donateur il se trouvât lors de sa mort avoir des héritages propres autant et plus qu'il n'en a donné, sa donation, quoiqu'elle fût du total des propres qu'il avoit pour lors, ne pourra recevoir aucune atteinte, parce qu'au temps de son décès il se trouve n'avoir pas disposé au-

delà de la moitié de ses propres, et qu'il se trouve dans sa succession de quoi remplir la légitime coutumière.

Les différentes coutumes de ce royaume étant des lois qui agissent indépendamment les unes des autres, il s'ensuit que la légitime coutumière que la coutume accorde à un héritier dans les héritages propres du donateur situés dans son territoire, est accordée à l'héritier indépendamment de ce que d'autres communes peuvent lui déférer touchant la succession de la même personne.

De là il suit que, si un défunt a donné au-delà de la moitié de ses héritages propres qui sont situés dans la commune de Blois, quoiqu'il laisse à son héritier une quantité beaucoup plus considérable de propres dont il n'a pas disposé, situés dans d'autres communes, néanmoins cet héritier est bien fondé à demander contre le donataire ce qui lui manque de sa légitime coutumière dans les propres situés à Blois; car cette légitime lui étant accordée indépendamment de ce qui lui est déféré par les autres coutumes, on ne peut lui imputer sur sa légitime les propres auxquels il succède dans les autres coutumes.

Cette décision, que le donataire entre-vifs des propres situés dans une coutume ne peut imputer à l'héritier, sur sa légitime coutumière dans lesdits propres, les biens auxquels il succède, même les autres propres situés dans d'autres communes, doit être restreinte aux donataires entre-vifs. Ricard pense qu'on doit décider le contraire à l'égard des légataires. La raison de différence est que, les dernières volontés étant susceptibles d'une interprétation plus étendue, *voluntates testantium pleniùs interpretantur*, le testateur qui a légué une portion de ses propres qui n'étoit pas disponible est censé en avoir légué l'estimation sur les autres biens dont il avoit droit de disposer; ce qu'on ne peut pas dire des donations entre-vifs, qui, étant des contrats entre-vifs, doivent être renfermées dans leurs termes, et qui d'ailleurs doivent avoir un effet présent et contenir l'acceptation et la tradition de la chose qui est donnée, et ne sont pas susceptibles de l'estimation de la chose à prendre sur d'autres biens.

C'est une question, lorsqu'une personne qui avoit des propres de différentes lignes a donné tous ou presque tous les propres d'une ligne, lesquels néanmoins ne font que la moitié ou ne font pas la moitié du total que composent les propres de toutes

les différentes lignes, si les héritiers de cette ligne peuvent demander le retranchement de la donation. La raison pour la négative est que la coutume de Blois permet en général de donner la moitié de ses propres; le donateur n'en ayant donc donné que la moitié, ou pas même la moitié, semble n'avoir pas donné au-delà de ce qu'il lui étoit permis de donner. La raison pour l'affirmative est que la vue des coutumes ayant été de perpétuer les biens dans les familles, il s'ensuit qu'elles ont eu en vue l'intérêt de chaque famille, et qu'elles ont voulu conserver à chaque famille le patrimoine qui lui étoit affecté; d'où il suit que lorsque la coutume de Blois porte qu'on ne pourra donner entre-vifs que la moitié de ses propres, cela doit s'entendre, non pas *collectivè* de tous les propres, mais *distributivè* de la moitié des propres de chaque ligne.

C'est une question si ce qui se retranche des donations entre-vifs pour la légitime coutumière est sujet aux dettes de la succession, lorsque l'héritier au profit de qui s'est fait ce retranchement a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire.

On peut dire, pour l'affirmative, que cette légitime étant accordée à l'héritier en sa qualité d'héritier, il est censé avoir les choses retranchées à titre d'héritier, et par conséquent ces choses doivent être censées faire partie de la succession, et en conséquence être sujette aux dettes.

On peut dire au contraire que ces choses retranchées ne sont pas de la succession, puisque le donateur s'en étoit dessaisi de son vivant; qu'encore bien que le droit qu'a l'héritier d'obtenir ce retranchement fût attaché à sa qualité d'héritier, néanmoins ce n'est pas un droit qu'il tienne du défunt et auquel il ait succédé au défunt, puisque le défunt ne l'a jamais eu; il ne le tient donc pas du défunt ni de la succession, mais de la loi. Ces choses retranchées ne font donc pas partie de la succession.

ARTICLE VII.

Du retranchement que peuvent souffrir les donations par le premier chef de l'édit des secondes noces.

Par le premier chef de l'édit de François II, vulgairement appellé l'*édit des secondes noces*, il est porté que « les femmes » veuves ayant enfans ou enfant, ou enfans de leurs enfans, ne » peuvent et ne pourront en quelque façon que ce soit donner » de leurs biens meubles, acquêts ou acquis par elles d'ailleurs

» que de leur premier mari, ni moins leurs propres à leurs nouveaux maris, pères, mères ou enfans desdits maris, ou autres personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées, plus qu'à l'un de leurs enfans ou enfans de leurs enfans; et s'il se trouve division inégale de leurs biens faite entre leurs enfans ou enfans de leurs enfans, les donations par elles faites à leurs nouveaux maris seront réduites et mesurées à la part de celui des enfans qui aura le moins. »

Cette disposition est tirée de la loi 6, *codice de secundis nuptiis*, qui est de l'empereur Léon.

Quoique cet édit, ainsi que nos coutumes qui en ont renouvelé les dispositions, ne parlent que de la femme qui se remarie, néanmoins par l'usage on a étendu leurs dispositions à l'homme qui se remarie, conformément à ladite loi 6, qui comprend l'un et l'autre.

§. I. Quelles espèces de donations sont sujettes à ce retranchement.

Les donations de meubles aussi bien que celles d'immeubles sont sujettes à ce retranchement. Il est vrai que nos coutumes ne parlent pas des meubles; mais il suffit que l'édit se soit expliqué sur les meubles, nos coutumes n'ayant pu diminuer les dispositions de l'édit. Non-seulement les dispositions simples, mais même les donations mutuelles, faites de part et d'autre, sont sujettes à ce retranchement. La raison de douter étoit que les donations mutuelles ne sont pas proprement des donations, puisque la femme qui donne à son second mari une certaine somme en cas qu'il survive, reçoit de lui autant qu'elle lui donne; qu'elle ne lui fait par conséquent aucune libéralité, et que ce contrat est un contrat alétoire plutôt qu'une donation. La raison de décider est que ces donations, quoique improprement donations, tendent néanmoins à dépouiller les enfans aussi bien que les donations simples : la fin que l'édit s'est proposée, qui n'est autre chose que d'imposer un frein aux femmes qui se remarient et les empêcher de dépouiller leurs enfans de leurs biens, se rencontre également à l'égard de ces espèces de donations comme à l'égard des donations simples.

De là naît une question : si une femme ayant enfans et son mari qui n'en a point se sont fait une donation mutuelle de tous leurs biens au survivant d'eux, et que le second mari vînt à prédécéder, sa donation devroit-elle être réduite à la même

portion à laquelle auroit été réduite celle de la femme si elle fût prédécédée? Ricard, au *traité du don mutuel*, nº 223, décide pour l'affirmative; parce que, dit-il, l'intention des parties qui se font don mutuel n'est de donner qu'en conséquence de ce qu'ils reçoivent. Je pense au contraire que la donation du second mari doit valoir pour le tout. On ne peut pas dire que le second mari n'a entendu donner qu'autant qu'il recevroit; car le second mari n'ignoroit pas que la femme avoit des enfans, et n'ignoroit pas que la donation de tous biens que lui faisoit sa femme ne pouvoit valoir qu'autant que tous les enfans du prémier lit la précéderoient, et qu'elle étoit sujette à réduction de la part desdits enfans : je dis qu'il ne l'ignoroit pas, car une ignorance du droit public dont on peut s'informer n'est pas proposable. On ne peut donc pas dire qu'il n'a eu intention de donner à sa femme qu'autant et à proportion que sa femme pourroit lui donner valablement; car, sachant ou devant savoir que la donation que lui faisoit sa femme étoit sujette à réduction, il n'a pas laissé de lui donner sans aucune restriction.

Non-seulement les donations, mais même les avantages, de quelques espèces qu'ils soient, qui résultent des conventions ordinaires des mariages, sont sujettes à ce retranchement. Par exemple le préciput, quoique mutuel, y est sujet; c'est pourquoi un second mari à qui on a donné part d'enfant ne peut plus avoir de préciput.

Ce dont l'apport de l'un des conjoints excède celui de l'autre est encore regardé comme un avantage fait à l'autre conjoint pour la part que cet autre conjoint prendra dans cet excédant. Par exemple, si j'apporte en communauté avec une seconde femme 10,000 livres, et qu'elle n'en apporte que 6000 livres, la part que ma seconde femme se trouve avoir en cas d'acceptation de communauté dans les 4000 livres, est regardée comme un avantage de 2000 livres que je lui ai fait, lequel est sujet à la réduction de la part d'enfant.

Y auroit-il lieu à cette décision si ce que le second mari apporte de moins étoit suppléé par son industrie? Par exemple, une femme se remarie avec un médecin accrédité à Paris, elle apporte 20,000 livres en communauté, son mari n'en apporte que 10,000, mais c'est un homme qui retire de son art 20,000 livres de revenu par an. Il sembleroit que la décision ne devroit pas avoir lieu, et que l'industrie du second mari, qui est réellement

appréciable, compense et par-delà ce qu'il apporte de moins en argent que la femme. Néanmoins il faut dire que cette industrie ne sera pas tirée en ligne de compte, et que la part qu'a le mari dans l'excédant de l'apport de la femme sera regardé comme un avantage sujet au retranchement de l'édit. La raison en est que si on entroit dans l'examen et l'évaluation incertaine de l'industrie des conjoints, ce seroit donner lieu à des discussions et à des procès qu'on évite en établissant des règles générales dont on ne s'écarte pas par des considérations particulières.

Cela a lieu même dans le cas où les contractans s'en sont rapportés à la coutume pour composer la communauté; car lorsque j'ai plus de meubles qu'une seconde femme, c'est un avantage que je lui fais lorsque je ne réserve pas en propre ce que j'ai de plus qu'elle.

Le douaire coutumier n'est pas un avantage sujet au retranchement de l'édit, parce que c'est la loi plutôt que le mari qui le fait. Mais s'il l'excédoit, l'excès y seroit sujet.

Il suit de là que, comme le douaire préfix tient lieu du coutumier, il ne doit pas non plus, jusqu'à concurrence du coutumier, y être sujet.

Non-seulement les donations faites au second mari, mais celles qui seroient faites au père, à la mère, ou aux enfans du second mari, sont sujettes au retranchement, ainsi qu'il est porté en termes formels par l'édit. La raison en est que ces donations sont présumées être faites en contemplation du second mari, et que ces personnes sont facilement présumées n'être que des personnes interposées pour avantager le second mari. C'est ce qui résulte des termes de l'édit qui suivent, *ou autres personnes qu'on puisse facilement présumer être par dol ou fraude interposées.*

Cette extension a été jugée d'autant plus nécessaire par le législateur, que sans cela la loi auroit été presque toujours éludée; et la femme qui, voulant avantager son second mari au-delà des bornes, ne le pouvant faire par des donations faites à lui-même, n'auroit pas manqué de le faire par des donations faites à ces personnes si elles n'eussent été pareillement renfermées dans la disposition de la loi.

La prohibition de donner aux enfans du mari renferme-t-elle les enfans communs que la femme qui se remarie aura de ce second mari, ou ne comprend-elle que ceux que le second mari a d'un précédent mariage? Je pense qu'il faut dis-

tinguer. Si la donation étoit faite par le second contrat de mariage aux enfans à naître de ce second mariage, ces enfans, qui n'existent pas encore, n'ayant pu mériter par eux-mêmes l'affection de la donatrice, la donation qui leur est faite ne pourroit passer que pour une donation faite en considération du second mari, et par conséquent devroit être sujette au retranchement de l'édit. Que si cette femme a donné aux enfans nés de ce second mariage, qui ont déjà pu mériter par eux-mêmes son affection, rien n'oblige en ce cas de regarder la donation qui leur est faite comme faite en faveur du second mariage, la qualité d'enfans de la donatrice qu'ils avoient étant un titre plus que suffisant pour mériter par eux-mêmes cette donation.

Les donations faites aux père, mère, ou enfans du second mari, sont-elles sujettes au retranchement lorsqu'elles ne leur sont faites qu'après la mort du second mari? Je pense que non; car il paroît que l'édit n'a compris ces personnes dans sa disposition que parce qu'elles sont facilement présumées être personnes interposées pour avantager le second mari, et qu'on peut soupçonner que la donation ne leur est faite qu'en vue de gratifier et d'avantager le second mari. Or toutes ces raisons cessent à l'égard des donations faites après la mort du second mari. L'édit ne reçoit donc pas d'application à ces donations.

L'édit n'ayant parlé que des pères et mères, les donations faites aux autres ascendans du second mari sont-elles sujettes au retranchement? Je le pense, car il y a même raison; et d'ailleurs ils peuvent être compris sous ces termes généraux que l'édit ajoute, *et autres personnes*.

Quid des frères et sœurs et autres collatéraux du second mari? Ils ne seront pas si facilement présumés personnes interposées. Cependant ils pourroient passer pour tels selon les circonstances, comme s'il étoit justifié que lors de la donation ils fussent inconnus à la donatrice.

§. II. Quand y a-t-il lieu au retranchement porté par l'édit?

L'édit étant fait en faveur des enfans du précédent mariage, il s'ensuit que, pour qu'il y ait lieu au retranchement porté par l'édit, il faut, 1° que la femme qui a donné à son second, troisième ou ultérieur mari, ou l'homme qui a donné à sa seconde, troisième ou ultérieure femme, aient des enfans d'un précédent mariage.

Suffit-il que ces enfans existassent lors de la donation? La raison de douter est que les termes de l'édit, *femmes veuves ayant enfans ne peuvent donner*, semblent ne se référer qu'au temps de la donation. Néanmoins il est constant que, pour qu'il y ait lieu à l'édit, il faut que la femme laisse lors de son décès quelque enfant de ses précédens mariages. La raison en est évidente : cet édit n'étant fait que pour empêcher la femme qui se remarie de donner trop d'atteinte aux parts que ses enfans des précédens mariages ont droit d'attendre en sa succession, en réduisant à la part d'enfant les donations par elles faites à ses seconds et ultérieurs maris, il s'ensuit qu'il ne peut y avoir d'ouverture à cette réduction, à ce retranchement, que lors de l'ouverture de sa succession; et comme ce sont les enfans du précédent mariage, en faveur desquels l'édit est fait, qui donnent ouverture à cette réduction, il s'ensuit qu'il faut nécessairement qu'il y ait pour lors quelque enfant des précédens mariages. Au reste, il suffit qu'il y en ait un seul pour donner ouverture au retranchement. Les termes de l'édit sont formels, *femmes ayant enfans ou enfant.*

L'édit ajoute, *ou enfans de leurs enfans;* c'est pourquoi un enfant, à quelque degré qu'il soit, qui se trouve par représentation au degré de succéder, peut donner ouverture à l'édit. Il n'est pas même nécessaire pour qu'un enfant du premier lit donne ouverture à l'édit, qu'il accepte la succession de sa mère qui s'est remariée; l'édit ne l'exige pas. L'édit, en réduisant les donations excessives faites au second mari, a eu en vue de subvenir aux enfans en leur seule qualité d'enfans; ils n'ont donc pas besoin, pour invoquer l'édit, d'avoir la qualité d'héritiers. C'est un point dont tous les auteurs conviennent.

De là il suit qu'une fille dotée du premier lit, qui, en conséquence de sa renonciation ou, des coutumes qui ont cette disposition, est exclue de la succession de sa mère, ne laisse pas d'être seule capable de donner ouverture à l'édit, lorsque la donation faite par sa mère à son second mari est plus forte que la part que l'un des enfans que sa mère a eus du second mariage peut prétendre en sa succession. Cette fille du premier lit pourra donc, en ce cas, demander la réduction de la donation pour partager ce qui en sera retranché avec les autres enfans; et le second mari ne pourra pas lui opposer qu'elle est exclue de venir à la succession, puisque, pour demander ce retran-

chement et y avoir part, elle n'a pas besoin de la qualité d'héritière, suivant le principe ci-dessus.

Il faut décider autrement à l'égard d'un exhérédé. Car il est évident que l'édit n'a voulu subvenir qu'aux enfans qui étoient dignes des biens que l'édit a voulu leur conserver, et non pas à ceux qui s'en étoient rendus indignes.

Il est évident aussi que les religieux et ceux qui sont morts civilement n'y peuvent donner ouverture, puisqu'ils ne jouissent pas des droits civils.

Pour qu'il y ait lieu au retranchement de l'édit, il faut, en second lieu, que les donations faites à la seconde femme ou au second mari excèdent la part de l'un des enfans, tant du dernier que des précédens mariages, qui sont habiles à succéder. Dans les coutumes où les filles sont exclues de la succession lorsqu'elles ont reçu une dot, quelque modique qu'elle soit, il n'y aura donc pas lieu au retranchement de l'édit quoique la donation faite au second mari excède la dot donnée à cette fille, parce que cette fille ne prend pas de part en la succession.

Lorsque la succession du donateur est déférée par souches à plusieurs petits-enfans de différentes souches, la donation doit excéder la part de l'une de ces souches, et il ne suffiroit pas qu'elle excédât la part de l'un des enfans d'une souche dans la subdivision de la part de la souche. La raison en est que, la coutume ayant mesuré ce qu'il est permis de donner au second mari à ce que l'un des enfans pourroit prendre en la succession, ainsi que la coutume l'exprime, il s'ensuit qu'elle doit être mesurée à ce que prend l'une des souches dans la succession. Car la succession étant déférée aux souches, *in stirpes*, et non à chacun des enfans des souches, *in capita*, ce sont les souches qui prennent chacune une part dans la succession; chacun des enfans de ces souches n'a aucune part dans la succession, mais seulement dans la subdivision de la part qu'y a prise la souche.

Que si la succession étoit déférée à plusieurs petits-enfans d'une souche unique, en ce cas, comme ces petits-enfans succèdent *in capita* et non *in stirpes*, ils prennent chacun une part principale en la succession; il suffit que la donation excède la part de l'un de ces petits-enfans pour qu'il y ait lieu au retranchement.

L'édit ajoute que, lorsque les enfans ont des parts inégales, la part du second mari ou de la seconde femme se règle sur celle de l'enfant qui a la moindre part.

Cette inégalité peut se rencontrer en plusieurs occasions. Par exemple, 1° lorsqu'il y a un droit d'aînesse, la part du second mari se réglera sur la part de l'un des puînés. 2° Lorsque dans les biens du donateur il y a des choses réservées aux enfans du premier lit, suivant le second chef de l'édit, dont il sera parlé ci-après, la part de la seconde femme ou du second mari se règle sur celle de l'un des enfans du second lit. 3° Enfin lorsque les enfans ne viennent pas *ab-intestat*, mais en vertu du testament du donateur, qui a fait entre ses enfans une division inégale de ses biens, la part de la seconde femme se règle sur celle de l'enfant, qui dans cette division se trouve avoir la moindre part.

Si le donateur avoit assigné à l'un de ses enfans une part moindre que la légitime de cet enfant à laquelle cet enfant voulût bien se tenir, la part de la seconde femme devroit-elle se régler sur cette part? Non, car la part de cette seconde femme se règle non sur celle à laquelle l'enfant veut bien se tenir, mais sur celle qu'il a droit de prendre, sur celle qu'il pouvoit prendre en la succession, ainsi que l'explique fort bien notre coutume, interprète en cela de l'édit. Or cet enfant qui veut bien s'en tenir à une part moindre que sa légitime, avoit droit de demander le surplus; il pouvoit prendre une plus grande part; celle de la seconde femme doit donc se régler sur la part qu'il pouvoit prendre, c'est-à-dire sur la légitime de cet enfant.

§. III. Lorsqu'une femme, depuis son premier mariage, a épousé successivement plusieurs maris, peut-elle donner à chacun une part d'enfant, ou seulement une part d'enfant à eux tous?

Ces termes de l'édit, *ne peuvent donner à leurs maris*, s'interprètent non en un sens distributif, mais en un sens collectif, comme s'il y avoit: *la femme ne peut donner à tous ses maris qu'une part d'enfant.* On doit d'autant mieux admettre cette interprétation, que l'esprit de l'édit, qui restreint le pouvoir de la mère de disposer de ses biens, étant de subvenir aux enfans du premier lit, qui souffrent du convol de leur mère en secondes noces, il seroit contre l'esprit de l'édit que la mère qui se remarie plusieurs fois, faisant plus de préjudice à ses enfans que lorsqu'elle ne se remarie qu'une fois, eût néanmoins le pouvoir de disposer d'une plus grande quantité de ses biens; autrement la disposition de l'édit impliqueroit contradiction.

Du principe que nous venons d'établir, il suit que la femme qui, ayant des enfans de son premier mariage, a déjà fait une donation à son second mari, ne pourra plus donner au troisième que ce que la donation faite au second contiendroit de moins que la part de l'enfant le moins prenant; et si elle a donné à son second mari autant que la part de l'enfant le moins prenant, elle ne peut plus rien donner au troisième.

§. IV. De l'effet de l'édit.

L'effet de l'édit est de donner une action révocatoire de ce dont la donation faite au second mari se trouve excéder la part de l'enfant le moins prenant en succession. Ces termes de l'édit *ne peuvent donner plus*, ne doivent pas être entendus dans un sens absolu, mais avec cette explication, *ne peuvent efficacement.* C'est pourquoi, quoique la donation se trouve excessive, la propriété des choses données a été véritablement transférée pour le total au second mari; mais cette translation de propriété devient inefficace par l'action révocatoire que donne l'édit aux enfans du premier lit, en vertu de laquelle ils obtiennent le retranchement de ce qui excède la part de l'un des enfans le moins prenant.

Au reste, la propriété des choses données ne passe au second mari qu'à la charge du retranchement, en cas que par l'événement, lors de l'ouverture de la succession de la donatrice, la donation se trouve excéder ce qu'il étoit permis de donner; et cette condition du retranchement est une condition inhérente, et qui affecte les choses données de manière qu'elles ne le sont qu'à cette condition; d'où il suit que si le second mari donataire les aliène, il ne peut les aliéner qu'à cette charge, *cum eâ causâ.*

De là il suit, 1° que cette action révocatoire a donc lieu non-seulement contre le second mari donataire, mais contre les tiers-détenteurs des choses données; car il n'a pu leur en transférer la propriété que telle qu'il l'avoit lui-même, et résoluble sous les mêmes conditions.

De là il suit, 2° que ce retranchement se fait sans aucune charge de servitudes, hypothèques et autres droits réels que le donataire y auroit imposés. Tous lesquels droits se résolvent par la résolution de celui du donataire, duquel ils dérivoient, suivant la maxime : *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

De ce que la donation, pour ce qu'elle excède la part d'en-

fant, n'est pas nulle absolument, mais seulement en faveur des enfans auxquels la loi accorde une action révocatoire de cet excédant, il s'ensuit que les biens retranchés ne sont pas considérés comme étant de la succession de la femme, qui s'en est dépouillée par la donation qu'elle en a faite. C'est pourquoi il n'est pas nécessaire que les enfans acceptent sa succession, pour exercer cette action révocatoire et avoir part à ces biens, retranchés; la loi qui leur donne cette action ne considère que leur qualité d'enfans, et n'exige pas qu'ils soient héritiers.

Il suit aussi de ces principes que l'enfant qui a exercé cette action révocatoire sans être héritier de sa mère, ne peut pas, comme détenteur de ces biens retranchés, être poursuivi par les créanciers hypothécaires de sa mère postérieurs à la donation qu'elle en a faite à son second mari; car la mère s'étant dépouillée de ces biens par cette donation, avant de contracter avec ce créancier, il n'a jamais pu acquérir hypothèque, puisque, dans le temps de sa créance, ces biens avoient cessé d'appartenir à sa débitrice, et qu'on ne peut pas dire qu'ils rentrent dans les biens de la mère par l'action révocatoire qui est donnée aux enfans, puisque, suivant les principes ci-dessus posés, cette action révocatoire n'annule la donation pour excédant qu'en faveur des enfans, et non vis-à-vis de ce créancier, qui ne doit pas profiter de ce qui n'est accordé qu'en faveur des enfans.

Observez néanmoins que, quoique cette action révocatoire soit établie en faveur des enfans du premier lit, les enfans du second mariage partagent avec eux les biens retranchés, ainsi que cela est décidé en termes formels par la loi 9, *codice de secundis nuptiis*. La raison est évidente : l'édit n'est fait que contre le second mari, et non pas contre les enfans du second mariage; ces enfans ne doivent pas être privés de partager un bien qui est l'héritage de leur mère, et auquel ils ont un droit égal à celui des enfans du premier lit, puisqu'ils sont enfans aussi bien qu'eux. Il est vrai que par eux-mêmes, et s'ils eussent été seuls, ils n'eussent pu demander le retranchement; mais il n'est pas nouveau en droit que ce qu'on n'a pas par la loi on l'obtienne quelquefois par le concours d'une autre personne.

Mais les filles dotées du premier lit, qui sont dans certaines coutumes exclues de la succession, n'y doivent pas prendre de part, parce qu'elles n'ont plus de droit au bien de leur mère, comme nous l'avons déjà dit.

Le second mari partage aussi lui-même les choses retran-

chées avec les enfans, suivant le sentiment de la glose sur la novelle 22; ce qui est juste, car sans cela l'enfant le moins prenant, au moyen de la part qu'il prendroit dans les choses retranchées, se trouveroit avoir plus que le second mari; ce qui ne doit pas être, car l'intention des lois romaines et de l'édit qui les a adoptées, en ordonnant cette réduction, a été seulement que le second mari n'eût pas plus que l'enfant le moins prenant, et non pas qu'il eût moins.

On demande si l'aîné peut prendre son droit d'aînesse dans les biens retranchés. La raison de douter se tire de ce que nous avons dit ci-dessus, que les biens retranchés n'étoient pas censés rentrer dans la succession de la femme, d'où il semble suivre que le droit d'aînesse, qui ne s'exerce que sur les biens de la succession de la personne à qui on succède, ne devroit pas s'exercer sur ces biens.

Néanmoins les auteurs décident qu'il peut exercer son droit d'aînesse sur les biens retranchés. La raison en est que l'objet de l'édit étant d'accorder aux enfans une réparation du préjudice que leur cause la donation excessive de leur mère, chacun doit avoir dans la réparation une part proportionnée au préjudice que la donation lui cause. Or la donation excessive des biens féodaux cause un plus grand préjudice à l'aîné qu'aux autres enfans, puisqu'il auroit eu dans ces biens, s'ils n'eussent pas été donnés, une plus grande portion qu'eux. Il doit donc avoir une portion proportionnée dans la réparation, qui consiste à lui accorder la même portion dans les biens retranchés qu'il auroit eue s'ils fussent restés dans la succession, et par conséquent il doit y exercer son droit d'aînesse.

Au reste, comme l'aîné n'a de droit d'aînesse que lorsqu'il est héritier, il y a lieu de penser qu'il ne peut exercer ce droit d'aînesse sur les biens retranchés, que lorsqu'il est héritier.

Ce droit des enfans de faire retrancher l'excès de la donation faite au second mari, est ouvert et leur est acquis du jour du décès de leur mère. Par conséquent de ce jour ils ont ce droit *in bonis* : il fait partie de leurs biens; ils en peuvent disposer, et ils le transmettent dans leur succession. Les héritiers de ces enfans pourroient donc l'exercer, quand même ces enfans seroient décédés avant que d'avoir donné aucune demande.

Si la femme avoit fait la donation à son second mari sous cette condition, si les enfans de son mariage, qu'elle laisseroit à son décès, décédoient par la suite avant l'âge de puberté, les

héritiers de ces enfans pourroient-ils en demander le retranchement? Quelques arrêts ont jugé qu'ils ne le pouvoient pas; que cette donation ne doit pas être regardée comme préjudiciable aux enfans du premier lit, puisque la mère, par la condition apposée à sa donation, leur conserve ces biens dans le cas où ils atteindront l'âge de puberté. Je pense que ces arrêts ne doivent pas être suivis : l'édit ne distingue pas entre les enfans *impubères* et les enfans *pubères*, entre ceux qui atteindront l'âge de puberté et ceux qui ne l'atteindront pas. Il est fait en faveur des uns comme des autres. L'édit annule en leur faveur la donation pour l'excédant de la part d'enfant, et les particuliers ne pouvant déroger à l'édit ni priver leurs enfans impubères de l'action que l'édit leur donne pour faire retrancher l'excédant de cette donation, cette action leur doit donc être acquise nonobstant cette clause; et si elle leur est acquise, ils la transmettent à leurs héritiers.

§. V. Si les enfans du premier mariage peuvent, du vivant de leur mère donatrice, renoncer au bénéfice de cet édit.

On convient assez régulièrement que les enfans ne peuvent pas renoncer, du vivant de la personne qui a fait la donation à leur préjudice, au bénéfice de l'édit.

La raison n'est pas qu'on ne peut répudier un droit avant qu'il soit ouvert; car si on ne peut répudier un droit avant qu'il soit ouvert, au moins rien n'empêche qu'on ne puisse convenir qu'on n'en usera pas lorsqu'il viendra à être ouvert.

La vraie raison pour laquelle les enfans ne peuvent pas renoncer au bénéfice de l'édit du vivant de leur mère qui auroit fait une donation excessive à son second mari, c'est qu'une telle renonciation seroit présumée n'avoir pas été faite avec une pleine liberté, mais par l'impression de l'autorité qu'une mère a sur ses enfans. La soumission que les enfans auroient témoignée par cette renonciation aux ordres de leur mère, contre leurs intérêts, les rendant d'autant plus dignes de ses biens, ne doit pas être une raison pour les en exclure. D'ailleurs on ne doit pas laisser aux personnes qui se remarient ce moyen qu'elles auroient très-souvent d'éluder la loi, en abusant de l'autorité qu'elles ont sur leurs enfans.

Il y a plus de difficulté de savoir si, dans le cas d'une donation mutuelle et égale faite entre une femme et son second mari, les enfans du premier lit peuvent, du vivant de leur

mère, et par le contrat du second mariage, renoncer au bénéfice de l'édit.

Ricard, après Dumoulin, pense qu'ils le peuvent. La raison en est qu'en ce cas ces enfans ont un motif tiré de leur intérêt, pour renoncer au bénéfice de l'édit, et qu'ils ne renoncent pas gratuitement au droit qu'ils pouvoient avoir un jour dans l'excès de la donation de leur mère, mais qu'ils y renoncent en conséquence de l'espérance qu'ils acquièrent de profiter des biens de leur beau-père dans le cas où il prédécéderoit leur mère. C'est une espèce de contrat aléatoire que les enfans, conjointement avec leur mère, font avec leur beau-père, qui n'auroit pas donné ce qu'il a donné à sa femme si lesdits enfans n'eussent promis de ne pas contester ce que la femme lui donnoit de son côté. Il n'y a donc pas lieu de présumer, en ce cas-ci, que la renonciation que font les enfans au bénéfice de l'édit leur ait été extorquée par l'autorité qu'avoit sur eux leur mère, puisqu'il paroît un autre motif qui a pu y donner lieu.

Si, dans le cas d'un don mutuel égal fait entre une femme et son second mari, les enfans avoient renoncé au bénéfice de l'édit, non par le contrat même, *sed ex intervallo*, du vivant de leur mère, en ce cas, comme ils n'auroient aucun intérêt à y renoncer, puisque, quand ils n'y auroient pas renoncé, ce don fait à leur mère par son second mari n'en auroit pas moins subsisté, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, cette renonciation pourroit passer pour une conséquence de l'impression de l'autorité de leur mère, pour n'être pas parfaitement libre, et ne doit pas par conséquent être valable.

§. VI. Questions touchant les donations de part d'enfant.

Lorsqu'une femme a fait par son contrat de mariage donation d'une part d'enfant à son second mari, et qu'elle laisse deux enfans, quelle doit être la portion avantageuse de l'aîné dans les fiefs?

La portion avantageuse de l'aîné dans les fiefs, lorsqu'il n'y a que deux enfans, est, aux termes des coutumes de Paris et d'Orléans, les deux tiers de la masse des biens féodaux de la succession. Cette masse des biens féodaux de la succession n'est pas composée du total des fiefs que la femme possédoit lors de son décès; il en faut distraire la part donnée au mari, que la femme, par la donation qu'elle lui en a faite, a retranchée de sa succession; laquelle part doit être égale à celle de l'en-

fant puîné, qui est le moins prenant. Il n'y a que ce qui reste après la distribution de la part du mari, qui se trouve composer la masse féodale, de laquelle l'aîné doit avoir les deux tiers, et le puîné le tiers. Tout ceci présupposé, pour régler les portions que doit avoir chacune des parties, il faut diviser le total des fiefs que la femme avoit lors de son décès, en quatre portions; en distraire un quart pour le mari; des trois quarts restans, qui composent le total de la masse féodale de la succession, en donner deux à l'aîné, et l'autre au puîné : par ce moyen, chacun a ce qui lui appartient. L'aîné a les deux tiers du féodal de la succession, qui se trouve être la même chose que la moitié du total des fiefs qu'avoit la femme lors de son décès; le puîné a le tiers de la succession, qui se trouve être la même chose que le quart au total des fiefs; et le mari se trouve avoir une portion égale à celle du puîné.

Lorsqu'il y a un plus grand nombre d'enfans, comment doit-on régler la portion avantageuse de l'aîné, qui est la moitié aux termes des coutumes de Paris et d'Orléans? Il faut en ce cas diviser les fiefs que la femme avoit lors de son décès, en deux fois autant de portions, plus une, qu'il y a de puînés; en distraire une pour le second mari; donner à l'aîné la moitié de ce qui restera après cette distraction faite, et partager l'autre moitié par portions égales entre les puînés. *Finge*, la mère a laissé quatre enfans, un aîné et trois puînés; le total des fiefs qu'elle avoit lors de son décès monte à 70,000 livres : je divise ce total en deux fois autant de portions, plus une, qu'il y a de puînés, c'est-à-dire en sept portions, qui sont chacune de 10,000 livres; j'en distrais une de ces sept portions pour le mari, qui est de 10,000 livres. Dans les six septièmes restans, qui montent à 60,000 livres, et qui composent toute la masse féodale de la succession de la mère, j'en donne la moitié à l'aîné, qui est de 30,000 livres, et la même chose que les trois septièmes du total, et je donne 10,000 livres à chacun des puînés. Par ce moyen chacun a ce qui lui appartient, l'aîné a la moitié de ce qui compose le féodal de la succession, et le second mari a une portion égale à celle de l'un des puînés.

Lorsque la femme n'a laissé qu'un enfant, quelle part doit avoir le second mari dans les biens féodaux? Il y en a qui pensent qu'il ne doit y avoir que la part qu'auroit eue un puîné s'il y en avoit eu un, c'est-à-dire que l'enfant prendra le manoir, le vol du chapon et les deux tiers, et que le second mari

aura le tiers. Je l'ai vu juger au bailliage d'Orléans, par une sentence dont il n'y a pas eu d'appel.

Je trouve de la difficulté dans cette décision, et je ne vois pas pourquoi le second mari n'auroit pas la moitié des biens féodaux, l'édit n'ayant défendu autre chose, sinon que le second mari fût donataire de plus que se trouveroit avoir un enfant. Je ne vois pas pourquoi on donne, en ce cas-ci, un droit d'aînesse à l'enfant, ce droit d'aînesse n'ayant lieu qu'entre enfans cohéritiers, et non pas vis-à-vis d'un étranger, tel qu'est le second mari.

Lorsqu'il n'y a pas d'enfans, quelle sera la part du second mari? Je ne pense pas que ce soit tout: car la femme auroit bien pu à la vérité, en ce cas, donner tout; mais elle ne l'a pas fait, puisqu'elle a donné une part, et qu'une part n'est pas le tout. Dira-t-on que le second mari en ce cas ne doit avoir rien, parce que le mari donataire d'une part d'enfant se trouve être donataire d'une part qui n'est pas *in rerum naturâ*, ne pouvant pas y avoir une part d'enfant? Ce raisonnement est un pur sophisme. La femme a voulu donner une part : si elle a ajouté d'enfant, c'est pour signifier que cette part ne pourroit excéder celle d'un enfant; mais elle a voulu donner une part qui sera la moitié suivant la loi 164, ff. *de verb. signif.* qui, dans l'espèce d'un legs d'une part des biens, dit : *Si non fuerit portio adjecta, dimidia pars debetur.*

ARTICLE VIII.

Du second chef de l'édit des secondes noces.

L'article second de l'édit des secondes noces est conçu en ces termes : « Au regard des biens à icelles veuves acquis par dons » et libéralités de leurs maris défunts, elles n'en pourront faire » aucune part à leurs nouveaux maris; ains elles seront tenues » les réserver aux enfans communs d'entr'elles et leurs maris, » de la libéralité desquels iceux biens leur sont avenus. Le » semblable voulons être gardé ès biens qui sont venus aux » maris par dons et libéralités de leurs défuntes femmes, tellement qu'ils n'en pourront faire part à leurs secondes femmes, » mais seront tenus les réserver aux enfans qu'ils ont eus de leurs » premières. »

Cette disposition est tirée de la constitution de Constantin, qui est en la loi 3, *cod. de secundis nuptiis*, et de celle qui est en la loi 5, *cod. dicto titulo*, et qui a étendu à l'homme qui se remarie ce que la loi 3 n'avoit accordé qu'à l'égard de

la femme; ce qui est encore confirmé par la novelle 98, tit. 10, cap. 1°.

§. I. Quelles choses sont comprises en ce second chef de l'édit.

L'édit porte: *Les biens acquis par dons et libéralités.* La loi 3, d'où l'édit est tiré, porte: *Quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium jure, quidquid etiam nuptiarum solemnitate perceperint, aut quidquid mortis causâ donationibus factis.*

Il résulte des termes de la loi, que tout ce que la femme a acquis à titre lucratif des biens de son premier mari doit être réservé aux enfans du premier mariage; et comme il paroît que l'édit a été fait sur le modèle des lois romaines sur cette matière, il s'ensuit que, par ces termes dont l'édit se sert, il ne faut pas seulement entendre ce qui a été donné à une femme par des donations proprement dites de son premier mari, mais généralement tout ce qu'elle a eu de lui à titre lucratif, en vertu de ses conventions matrimoniales. De ces principes naîtra la décision de différentes questions.

Le préciput que la femme a eu de son premier mari doit-il être réservé aux enfans du premier mariage? La raison de douter est que le préciput est plutôt une convention matrimoniale qu'un don. Cette raison de douter devient plus grande lorsque le préciput est réciproque; car le mari ne l'ayant accordé à la femme, dans le cas où elle le survivroit, qu'en conséquence de ce que la femme lui en accorderoit autant dans le cas où il la survivroit, c'est plutôt un contrat aléatoire qu'une libéralité et une donation.

Néanmoins il faut dire qu'il doit être réservé aux enfans du premier lit; et la raison en est qu'encore que ce ne soit proprement donation ni libéralité, néanmoins, conformément aux principes que nous venons d'établir, il suffit que le préciput soit un avantage, *lucrum nuptiale;* il suffit que la femme l'ait à titre lucratif, qu'il ne lui ait rien coûté, pour qu'il doive être réservé aux enfans du premier mariage.

Observez que le préciput de la femme qui accepte la communauté se confondant pour moitié sur sa part, il n'y a que l'autre moitié qu'elle prend sur la part de son mari qui soit un avantage, et qui doive être réservé aux enfans du premier mariage. Que si elle renonçoit à la communauté, le préciput qui lui auroit été accordé, même en cas de renonciation, seroit un avantage pour le total.

Il est aussi évident que le préciput du mari se confond pour le total lorsque les héritiers de la femme renoncent. Le mari, en ce cas, n'est point obligé de rien réserver aux enfans de son premier mariage : s'ils acceptent, il doit en réserver la moitié.

Le douaire d'une femme en propriété qui n'excède pas néanmoins la valeur du droit coutumier, est-il sujet à la réserve? La raison de douter est que le douaire coutumier étant dû à la femme par le bénéfice de la loi, le préfix qui est accordé pour en tenir lieu, lorsqu'il n'excède pas la valeur du coutumier, est plutôt censé l'acquittement d'une dette qu'une libéralité. Aussi nous avons vu qu'il n'étoit pas compris dans la première partie de l'édit, et que le douaire accordé à la seconde femme n'est pas regardé comme une donation qui lui soit faite, qui doive être réduite à la part d'enfant. Néanmoins il faut dire, dans cette seconde partie de l'édit, que le douaire qu'une femme a eu de son premier mari doit être réservé aux enfans du premier mariage; car il suffit qu'elle l'ait pris dans les biens de son premier mari, à titre lucratif, en vertu d'une convention matrimoniale. On ne peut pas dire que tant qu'il tient lieu du coutumier, c'est *exsolutio debiti;* car le douaire coutumier n'est pas une dette, puisqu'on peut y déroger.

L'inégalité d'apport en la communauté est un véritable avantage que celui des conjoints qui apporte le plus fait à celui qui apporte le moins. C'est pourquoi, si ma première femme a apporté en communauté avec moi 20,000 livres, et que je n'en aie apporté que 12,000, c'est un avantage qu'elle me fait de la moitié des 8000 livres excédantes. Je serai donc obligé, si je me remarie, de réserver 4000 livres à mes enfans de mon premier mariage.

Les avantages que certaines coutumes accordent au survivant noble, d'avoir les meubles, ne sont pas compris dans l'édit, le survivant ne les tenant d'aucune convention matrimoniale. A plus forte raison, ce que le survivant a eu de la succession de ses enfans n'est pas sujet à l'édit.

Il est vrai que le droit romain oblige la femme de conserver aux enfans de son premier mariage ce qu'elle a eu de la succession de quelqu'un de ses enfans; mais cela n'a pas été adopté par notre droit coutumier; et même par le droit romain, cela n'avoit lieu qu'à l'égard de la femme, et non à légard du mari.

Pareillement, ce qui a été donné à une femme en faveur du

mariage, mais par quelques parens de son mari, n'est pas compris dans l'édit.

Cependant, si quelqu'un des parens du mari constituoit un douaire sans retour, on pourroit peut-être dire qu'il seroit compris dans l'édit, par la raison qu'un mariage ne se contractant pas régulièrement sans douaire, et le douaire étant une espèce de condition de mariage, le parent du mari qui l'a constitué à la femme peut être censé l'avoir fait pour et au nom du mari; d'où il suit que ce douaire peut être considéré comme venant du mari.

On ne pourroit pas dire la même chose d'une donation; car, comme ce n'est pas une dépendance du contrat de mariage que le mari fasse des donations à sa femme, rien n'oblige de supposer que le parent du mari qui les a faites à la femme les lui ai faites pour et au nom du mari.

Il est évident que l'intérêt civil qu'a une veuve pour l'assassinat de son premier mari n'est pas compris dans l'édit; car cet intérêt civil ne provient pas du mari, quoique ce soit à l'occasion du mari qu'il lui soit adjugé.

§. II. De l'effet du second chef de l'édit.

L'édit ordonne deux choses à l'égard des biens dont il a été parlé au paragraphe précédent,

1° Que la femme n'en puisse faire aucune part à son nouveau mari. On ne doit donc pas les compter parmi les biens dont la femme peut donner à son second mari une part d'enfant.

2° L'édit ordonne qu'elle soit tenue de réserver ces biens aux enfans communs d'elle et du mari de la libéralité duquel elle les a eus.

L'édit est différent de la loi romaine : celle-ci dépouilloit la femme qui se remarioit, dès l'instant de son second mariage, de la propriété de ces biens, et la transféroit aux enfans du premier lit, en réservant seulement l'usufruit à la mère. L'édit ne dépouille pas la femme qui se remarie de la propriété de ces biens; mais il lui ordonne de les réserver à ses enfans du premier lit : c'est donc une espèce de fidéicommis légal dont elle est chargée envers ses enfans.

De là il suit, 1° que les enfans du premier lit ne peuvent disposer de ces biens du vivant de leur mère, ni les transmettre dans leur succession s'ils meurent avant elle.

2° Que s'ils venoient tous à mourir avant elle, ce fidéicommis légal se trouvant éteint par leur mort, toutes les dispositions que la femme auroit faites de ces biens, et même les donations qu'elle en auroit faites à son second mari, seroient valables.

3° Que, lors de la mort de la mère, qui est l'échéance de ce fidéicommis légal, les enfans du premier lit recueillent ces biens comme étant substitués par la loi à leur profit; d'où il suit :

1° Qu'il n'est pas nécessaire qu'ils soient héritiers, pour les recueillir;

2° Que les enfans du second lit ne les partagent point avec eux;

3° Qu'ils ne sont pas tenus, pour cela, d'une plus grande part des dettes de leur mère;

4° Que si les biens ne se trouvent pas en nature, ils doivent en prélever le prix sur la succession de leur mère, comme en étant créanciers;

5° Que cela ne leur est point imputé sur la légitime qui leur appartient dans les biens de leur mère;

6° Qu'à l'exemple de l'hypothèque qui a lieu pour les substitutions, ils ont une hypothèque sur les biens de leur mère du jour de son second mariage, jour auquel s'est contracté le fidéicommis légal;

7° Qu'ils peuvent évincer les tiers-acquéreurs de ces biens, à moins qu'ils ne fussent héritiers de leur mère, qui les avoit vendus; car, étant en cette qualité d'héritiers tenus de la garantie envers l'acquéreur, ils n'y seroient pas recevables, suivant la règle : *Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.*

Ne pourroit-on pas dire que, suivant la nouvelle ordonnance des substitutions, ils y seroient recevables, en offrant, pour la portion dont ils sont héritiers, le prix qu'en a payé à leur mère le tiers-acquéreur? Je ne le pense pas; car ce que la nouvelle ordonnance a établi en faveur des substitutions testamentaires étant établi par de sages vues à la vérité, mais contre la raison de droit, ne doit pas être étendu à cette substitution légale, suivant cette règle : *Quod contra rationem juris introductum est, non est producendum ad consequentias.*

Mais si les enfans ne peuvent en ce cas évincer les tiers-ac-

quéreurs, ils doivent avoir remploi du prix que leur mère remariée, qui les a vendus, en a reçu.

La donation n'obligeant pas à la garantie, il s'ensuit que les enfans, quoique héritiers de leur mère, peuvent évincer les donataires de ces biens.

Si la femme qui s'est remariée avoit aliéné ces biens avant son second mariage, les enfans du premier mariage n'en auroient pas moins le droit d'évincer les acquéreurs (novelle 22, chap. 26); car la femme n'a la propriété des biens qui lui ont été donnés par son premier mari, qu'à la charge de la restitution à ses enfans, dans le cas où elle se remarieroit. Cette condition est attachée par la loi à la donation qui lui en a été faite, et y est inhérente; et par conséquent, ces biens ne passent aux tiers-acquéreurs que sous cette condition.

Par la novelle de Justinien, la mère qui s'étoit remariée ne pouvoit avantager de ce qui lui venoit d'un premier mariage même un des enfans de ce mariage, au préjudice des autres; ce qui est une conséquence du principe qu'elle étoit dépouillée de ces biens. Lebrun pense que cela ne doit pas être observé parmi nous, parce que la mère n'est pas dépouillée, mais simplement chargée d'une substitution légale au profit des enfans de son premier mariage. Mais ne suffit-il pas que, par ce fidéicommis légal, la femme soit devenue débitrice de ces biens envers ses enfans, pour qu'elle ne puisse disposer de ces biens au profit de l'un desdits enfans, au préjudice des autres, qui sont également appelés au fidéicommis légal comme celui au profit de qui elle en auroit disposé. Il faudroit, pour soutenir le sentiment de Lebrun, dire que l'édit a rendu ces enfans du premier lit créanciers solidaires de ces biens : *Correos credendi quorum natura est, ut solutio uni facta à cœteris liberet :* mais cela ne se peut pas dire, parce que, *correi credendi non intelliguntur, nisi hoc sit expressum.*

Aussi Duplessis et Ricard sont d'avis contraire à Lebrun.

Si le premier mari avoit donné ses biens à sa femme, à la charge de les restituer à ceux de ses enfans qu'elle choisiroit, Duplessis pense qu'elle conserveroit ce choix en se remariant; car on peut dire que, le mari ayant pourvu par lui-même, par un fidéicommis, à la conservation de ces biens pour ses enfans, il n'y a pas lieu au fidéicommis légal de l'édit. *Provisio hominis derogat legis provisioni.*

Les héritages donnés par un premier mari à la femme qui

s'est remariée, sont-ils propres paternels ou maternels dans la personne des enfans du premier lit qui les ont recueillis? Suivant nos principes, ces biens n'étant pas recueillis par les enfans du premier lit à titre d'héritiers de leur mère, ni pour leur en tenir lieu dans sa succession, mais comme des biens de leur père, qui, au moyen du second mariage de leur mère, se trouvent ne lui appartenir qu'à la charge de les leur restituer, il s'ensuit qu'il ne sont pas propres maternels, mais propres parternels. Ils sont donataires de leur père au second degré, comme si leur père eût donné ces biens à la charge de les leur restituer. La loi supplée à ce que leur père a manqué de faire.

C'est l'avis de Ricard et de Dumoulin. Duplessis et Lebrun soutiennent l'avis contraire, qu'ils appuient de raisons qui ne méritent pas de réponse.

§. III. A quels enfans doivent être réservés les biens donnés à leur mère.

C'est au seuls enfans du mariage de celui qui a donné les biens à sa femme qui s'est remariée, que les biens doivent être réservés.

Il n'est pas nécessaire, pour les recueillir, qu'ils soient héritiers de leur mère, ainsi que nous l'avons déjà observé : il n'est pas nécessaire non plus qu'ils l'aient été de leur père, car l'édit ne leur réserve ces biens qu'en qualité d'enfans.

Celui néanmoins qui auroit été justement exhérédé par son père n'y peut rien demander; car, si l'exhérédation le rend indigne de recueillir les biens de son père à titre de succession, elle le doit rendre, à plus forte raison, indigne de les recueillir en vertu de l'édit.

Celui qui est indigne, par rapport aux biens de son père, d'avoir part même au droit commun des successions, doit, à plus forte raison, être réputé indigne d'un bénéfice particulier de la loi. Tel est celui de l'édit.

Celui qui n'auroit pas été exhérédé par son père, mais par sa mère, pourroit-il y prendre part? On peut dire que l'exhérédation de la mère ne peut priver les enfans que de son bien; que ces biens, suivant les principes établis au paragraphe précédent, étant déférés aux enfans du premier lit, non comme biens de leur mère, mais comme biens de leur père, celui qui n'a été exhérédé que par la mère doit y avoir part. On peut dire, d'un autre côté, que le motif de l'édit est tiré du devoir

d'amour et de tendresse, que les femmes doivent conserver pour les enfans de leur premier mariage, auquel devoir l'édit ne permet pas aux femmes de manquer. C'est ce qui résulte des termes de l'édit : « Comme les femmes veuves.... mettant en oubli le » devoir de nature envers leurs enfans, de l'amour desquels » tant s'en faut qu'elles s'en dussent éloigner par la mort des » pères, que, les voyant destitués de secours, elles devroient » s'exercer à leur faire le double office de père et de mère. » Que si le motif de l'édit dans ces deux dispositions est tiré du devoir d'amour envers les enfans, il s'ensuit que, lorsque les enfans s'en sont rendus indignes, le motif de l'édit cesse; et par conséquent, la raison de la loi cessant, la loi doit cesser à l'égard de tels enfans.

Quoique l'édit en la seconde partie ne s'exprime pas sur les petits-enfans en termes exprès, comme il le fait en la première partie, néanmoins il n'est pas douteux que les petits-enfans sont compris dans cette seconde partie sous le terme général d'enfans, auxquels l'édit ordonne à la femme qui se remarie de réserver les biens qu'elle a eus de leur père, et que les petits-enfans doivent venir par représentation au partage de ces biens. Les mêmes raisons sur lesquelles l'édit est fondé, se rencontrent à l'égard des petits-enfans comme à l'égard des enfans. La femme qui se remarie est obligée envers eux aux mêmes devoirs d'amour. Les droits, les espérances des petits-enfans aux biens de leurs parens, sont les mêmes que ceux des enfans propres : la femme doit donc être également tenue de les leur conserver.

On demande si l'aîné des enfans doit avoir droit d'aînesse dans les biens donnés à la femme qui s'est remariée par son premier mari. Il semble qu'il ne doit point y avoir de droit d'aînesse, car le droit d'aînesse est dû à l'aîné en qualité d'héritier. Or nous avons dit que ces biens appartenoient aux enfans, non en qualité d'héritiers, mais en leur seule qualité d'enfans du premier lit. Ricard, néanmoins, décide que l'aîné doit avoir droit d'aînesse dans ces biens. Son sentiment peut être fondé sur une raison à peu près semblable à celle alléguée sur le premier chef de l'édit, savoir, que l'édit ordonne que ces biens soient conservés aux enfans du premier mariage, afin que les enfans qui souffrent un préjudice du mariage de leur mère, qui ordinairement transporte son amour à un nouveau mari et à de nouveaux enfans, ne souffrent pas un autre

préjudice des donations que leur père lui a faites; et comme l'aîné souffriroit le plus de la donation, il doit avoir à proportion plus de part au bénéfice de l'édit qui conserve les biens de leur mère.

§. IV. Quelques cas dans lesquels la disposition de l'édit doit cesser.

On demande si la disposition de l'édit qui oblige la femme qui s'est remariée à conserver à ses enfans du premier lit ce qu'elle a eu à titre lucratif de son premier mari, doit cesser lorsque, lors de sa mort, elle ne laisse pas d'autres biens à ses enfans du second lit. Selon nos principes il faut dire que sa disposition ne doit pas cesser d'avoir lieu; qu'en vain les enfans du second lit réclameroient leur légitime, parce que la légitime ne se prend que dans ce qui reste après les dettes payées, et que s'il ne reste rien il n'y a point de légitime. Or la restitution de ces biens aux enfans du premier lit est une dette que la femme a contractée en se remariant, ou, pour mieux dire, qu'elle a contractée par la donation même, qui est censée n'être faite que sous la condition de cette restitution, dans le cas où elle se remarieroit.

Duplessis convient que notre décision est conforme à la rigueur du principe; mais il dit que l'équité pourroit peut-être faire décider autrement, selon les circonstances. Cette limitation souffre difficulté.

On demande si, lorsque le second mari est mort sans enfans, la femme recouvre la liberté de disposer des choses qui lui ont été données par son second mari. Duplessis et Lemaître décident pour l'affirmative. Leur moyen est de dire que, le second mariage cessant, et n'en restant aucun vestige lorsque le second mari est mort sans enfans, la cause qui donnoit lieu à la prohibition de disposer cesse, et par conséquent cette prohibition, qui en est l'effet, cesse aussi. *Cessante causâ, cessat effectus.* Cette décision me paroît porter sur un faux fondement. Le second mariage n'est pas, à proprement parler, la cause de la prohibition de disposer : cette cause est le fidéicommis légal, inhérent à la donation dans le cas du second mariage : ce second mariage est seulement la condition d'où dépend le fidéicommis, et il suffit qu'il ait existé pour qu'il y ait lieu au fidéicommis légal lors de la mort de la femme, qui est la seconde condition d'où il dépend. Or la condition du convol en secondes nocces n'a pas moins existé, quoique le second mari soit mort

sans enfans. Au reste tous conviennent que, lorsqu'il y a des enfans du second mariage, la prohibition dure.

§. V. Si les enfans du premier lit sont exclus de prendre part dans les dons du second mari.

Il y a des auteurs qui le disent, mais leur sentiment est sans aucun fondement.

ARTICLE IX.

De l'extension que les coutumes de Paris et d'Orléans ont apportée à l'édit à l'égard des conquêts du premier mariage.

La communauté que la femme qui se remarie a contractée avec son premier mari n'étant pas de sa nature un titre lucratif, mais un contrat de commerce où chacun apporte de son côté, il s'ensuit que les biens de cette communauté ne sont pas compris en la seconde disposition de l'édit, et que la femme peut en disposer et même les donner, ainsi que ses autres biens, jusqu'à concurrence d'une portion d'enfant, à son second mari.

Les coutumes de Paris et d'Orléans, par une disposition qui leur est particulière, ont donné une extension à l'édit, en défendant à la femme qui se remarie d'avantager, en aucune manière, des conquêts d'une précédente communauté, son second et autres subséquens maris, et même d'en disposer envers toutes autres personnes au préjudice des portions que les enfans des précédens lits pourroient amander d'elle dans lesdits conquêts.

§. I. Quels biens sont compris dans cette disposition.

On a agité la question si le terme de *conquêts* dans les coutumes de Paris et d'Orléans comprenoit les biens tant mobiliers qu'immobiliers de la première communauté, ou s'ils devoient être restreints aux immeubles. On peut dire, d'un côté, qu'encore que le terme de *conquêts* soit un terme générique capable de signifier tout ce qui a été acquis durant la communauté, soit meuble, soit immeuble, néanmoins dans l'usage de parler on l'entend plutôt des immeubles que des meubles. D'ailleurs la difficulté qu'il peut y avoir à distinguer le mobilier acquis durant la première communauté d'avec celui acquis avant et depuis, et le peu d'attention que nos lois ont coutume d'avoir pour les meubles, sont des raisons qui portent à croire que nos coutumes n'ont entendu parler que des immeubles dans cette disposition. Ces raisons sont fortes, et on

rapporte un arrêt de 1653 qui a jugé en conformité; mais depuis il a été jugé par un célèbre arrêt du 4 mai 1697, et un autre de 1698, appelé l'*arrêt de Garanger*, et qui ont fixé sur ce point la jurisprudence, que la coutume de Paris comprenoit dans sa disposition, sous le terme de *conquêts*, tous les biens acquis durant la première communauté, tant les meubles que les immeubles. Ces arrêts sont fondés sur ce que le terme de *conquêts* renfermoit tant les meubles que les immeubles, et ne doit pas être restreint aux seuls immeubles. La preuve en est que dans d'autres articles de la coutume les immeubles acquis pendant une communauté ne sont pas appelés simplement *conquêts*, mais *conquêts-immeubles*. Ajoutez à cela que la coutume de Paris dans sa première disposition, lorsqu'elle dit que femme qui se remarie ne peut avantager son second mari de ses propres et *acquêts* plus que l'un de ses enfans, ayant renfermé sous ce terme *acquêts* tous les biens qui ne sont pas propres, soit meubles, soit immeubles, elle a fort bien pu aussi comprendre sous le terme de *conquêts* les meubles acquis pendant la communauté, ainsi que les immeubles. Enfin, la vue de la coutume ayant été d'empêcher que les gains d'une première communauté fussent transférés au second mari, les meubles se trouvent également renfermés, comme les immeubles, dans la vue qu'a eue la loi, et sur laquelle cette disposition est fondée.

C'est une autre question, si ce que la femme a apporté en communauté, pour la part qu'elle y a, est sujet à cette disposition. On peut dire pour la négative qu'il y a grande différence entre ce que la femme a apporté elle-même en communauté, et ce qui a été acquis durant la communauté, ce qui a été acquis pendant la communauté ayant été acquis à la femme par les travaux du mari. Que si la femme ne tient pas proprement de son premier mari la part qu'elle y a, puisqu'elle l'a de son chef, au moins elle lui en est en quelque façon redevable. C'est pourquoi, ces biens ayant quelque affinité avec ceux compris dans le second chef de l'édit, la coutume y a étendu une partie de la disposition de ce second chef de l'édit, en défendant à la femme d'en avantager son second mari, n'ayant pas paru équitable que les travaux du premier mari servissent à enrichir le second. Or ces raisons ne se rencontrent pas à l'égard des biens que la femme a mis elle-même dans sa première communauté; d'où il semble qu'on doit con-

clure qu'ils ne sont pas compris dans la disposition de la coutume.

Néanmoins Berroyer et Laurière, dans leurs notes sur Duplessis, disent que c'est un des points établis par l'arrêt de Garanger ci-dessus cité, que la femme ne peut avantager son second mari même des choses qu'elle avoit mis elle-même dans la communauté. La raison sur laquelle est fondé cet arrêt est que le terme de *conquêts* fait avec ses précédens maris, est un terme général qui comprend tout ce qui a fait partie de la communauté, tant ce qui a été apporté par les conjoints que tout ce qui a été acquis depuis; que l'intention des contractans dans l'apport qu'ils font à la communauté est que les choses que l'un des conjoints y apporte sortissent la même nature, et soient susceptibles du même droit que les autres conquêts dans tout ce qui concerne l'intérêt de l'autre conjoint et de ses enfans.

§. II. De la différence que la coutume d'Orléans met entre le second mari et les étrangers, touchant la défense qu'elle fait à la femme qui se remarie de disposer des conquêts.

La coutume d'Orléans met cette différence entre le second mari et les étrangers, qu'elle défend absolument à la femme qui se remarie d'avantager son second mari, en aucune manière, des conquêts de sa première communauté; au lieu qu'elle ne lui défend de disposer, soit à titre de donation, soit à titre onéreux, envers des étrangers, que des portions des conquêts que ses enfans du premier lit auroient pu avoir en sa succession si elle n'en eût pas disposé.

La donation faite au second mari, d'un conquêt, est donc nulle pour le total; et le second mari ne peut retenir dans le conquêt qui lui a été donné les portions qu'y auroient les enfans du second lit s'il ne lui eût pas été donné, en disant que la donation qui lui en a été faite n'étant nulle qu'en faveur des enfans du premier lit, elle ne doit être nulle que pour leur portion; car, s'il pouvoit dire cela, il ne se trouveroit aucune différence entre lui et les étrangers. Cependant il y en doit avoir une, la coutume l'ayant évidemment exprimé en ces termes : « Quant aux conquêts, elle n'en peut aucunement » avantager son second mari. Toutefois peut disposer d'iceux à » autres personnes, sans que cette disposition puisse préjudicier » en aucune façon aux portions que les enfans du premier ma-

» riage pourroient amander de leur mère. » Ce terme, *toutefois*, établit disertement une différence entre le second mari et les étrangers, et ne laisse aucun lieu de douter que les donations de conquêts faites au second mari sont nulles en entier, et non pas seulement pour les portions des enfans du premier lit, ainsi que nous venons de l'établir.

Il est vrai que la disposition de la coutume n'étant faite qu'en faveur des enfans du premier lit, s'il ne s'en trouve aucun lors de la mort de la femme, les enfans du second lit ne pourront pas attaquer de nullité la donation faite à leur père, de même que, dans le cas du second chef de l'édit, ils ne pourroient pas, s'il n'y avoit aucun enfant du premier lit, faire réduire la donation faite à leur père qui excéderoit une part d'enfant. Mais de même que, dans le cas du premier chef de l'édit, les enfans du premier lit, quand il y en a lors de la mort de la mère, communiquent à ceux du second le droit qu'ils ont de faire retrancher ce qu'il y a d'excessif dans la donation faite à leur père, et qu'ils partagent tous ensemble ces biens retranchés, lesquels venant de leur mère commune sont des biens auxquels ils ont tous un droit égal; de même, dans le cas de la coutume, les enfans du premier lit, lorsqu'il s'en trouve lors du décès de leur mère, communiquent à ceux du second lit le droit qu'ils ont de faire annuler la donation des conquêts, et les partagent tous ensemble, comme étant des biens de leur mère commune qu'elle n'a pu donner.

Observez que de même que, dans le cas du premier chef de l'édit, il n'est pas nécessaire que les enfans soient héritiers de leur mère qui a fait la donation à son second mari pour avoir part aux biens retranchés, il n'est pas pareillement nécessaire qu'ils le soient pour partager les conquêts donnés au second mari; car la femme s'en étant dépouillée par la donation qu'elle en a faite à son second mari, et qui vis-à-vis d'elle est valable et n'est nulle qu'au respect de ses enfans, ces conquêts ne se trouvent plus dans sa succession, et ne peuvent par conséquent appartenir à ses enfans à titre de succession, mais seulement par le bénéfice de la loi, qui leur donne une action révocatoire de la donation.

On peut faire encore d'autres questions semblables à celles que nous avons faites touchant le premier chef de l'édit, et qui se décident par le même principe.

Il n'en est pas de même des autres personnes comme du

second mari. Les donations et les ventes que la femme qui s'est remariée a faites à d'autres personnes, ne sont, comme nous l'avons déjà dit, révocables que pour les portions des enfans du premier lit, et elles tiennent pour le surplus. Ceux du second ne participent point à l'action révocatoire, qui n'est accordée à ceux du premier que pour leurs portions.

Il faut même que les enfans du premier lit auxquels cette action révocatoire est accordée renoncent à la succession de leur mère, pour qu'ils puissent répéter leur portion des conquêts vendus; car, s'ils sont héritiers, ils succèdent à l'obligation de cette garantie, et cette obligation exclut leur action.

Que si c'est à titre de donation que la mère a disposé, comme la donation ne produit pas d'obligation de garantie, il s'ensuit que les enfans du premier lit pourront, quoique héritiers de leur mère, répéter leurs portions contre les donataires des conquêts.

De là naît un inconvénient; car, les enfans du second lit n'ayant pas le même droit, il se trouvera que les enfans du premier lit, venant à la succession de leur mère, seront plus avantagés dans les biens de leur mère que ceux du second, venant également comme eux à la succession; ce qui est contraire aux principes de notre droit françois en matière de succession.

Observez que la coutume ne met une différence entre les seconds maris et les autres personnes que pour le titre de donation, ainsi qu'il résulte de ces termes, *ne peut aucunement avantager*. Quant aux titres onéreux et de commerce, le mari se trouve confondu avec les autres personnes dans la prohibition générale faite à la femme de disposer.

Lors donc que la femme a apporté en la communauté de son second mari des conquêts de la première communauté contre autant de bien que le second mari a apporté de son côté, cet apport égal étant un contrat onéreux, les enfans du premier lit renonçant à la communauté et même à la succession de leur mère, ne pourront répéter contre le second mari leurs portions dans les conquêts apportés en communauté.

Il reste une question, de savoir si la différence que la coutume d'Orléans met entre le second mari et les autres personnes touchant la disposition des conquêts, a aussi lieu en la coutume de Paris. De la manière qu'elle s'explique, il semble qu'elle confonde le second mari avec les autres personnes; car,

sans faire aucune distinction des personnes, elle s'exprime ainsi : « *Et quant aux conquêts faits avec ses précédens maris*, n'en » peut disposer au préjudice des portions dont les enfans du » premier mariage pourroient amander. »

§. III. En quoi diffèrent les dispositions des coutumes de Paris et d'Orléans touchant les conquêts, et le second chef de l'édit touchant les choses données par le premier mari.

La principale différence, d'où naissent toutes les autres, est que le second chef de l'édit ordonne à la femme qui se remarie de conserver aux enfans du précédent mariage, à l'exclusion qe tous autres, ce qui lui a été donné par leur père; au lieu que les coutumes de Paris et d'Orléans n'ordonnent pas à la femme qui se remarie de conserver les conquêts qu'elle a d'un précédent mariage; mais elles lui défendent seulement d'en avantager son second mari, et même d'en disposer en faveur de quelque personne que ce soit, au préjudice des parts que les enfans du premier mariage pourroient prétendre en sa succession dans lesdits conquêts, si elle n'en eût disposé.

La raison de différence est que les biens qui ont été donnés à la femme par son premier mari peuvent être considérés comme des biens de son premier mari, qu'il n'a donnés à sa femme qu'à la charge de les restituer à sa mort à ses enfans, dans le cas où elle se seroit remariée. L'édit supplée à la donation qui en a été faite cette clause de substitution légale, à laquelle l'existence des deux conditions de remariage et de la mort de la femme donnent lieu. C'est pour cette raison que l'édit les défère aux seuls enfans du premier lit. On ne peut pas dire la même chose des conquêts : quoique la femme soit redevable de ces conquêts aux soins et aux travaux de son mari, néanmoins ces conquêts, qui, par le partage de la communauté, sont tombés dans son lot, sont des biens qui ne lui viennent pas de son mari, qui sont même censés n'avoir jamais appartenu à son mari, mais avoir toujours et dès le temps de leur acquisition appartenu à la femme, suivant l'effet rétroactif des partages; et par conséquent ils ne peuvent être considérés autrement que comme des biens de la femme, auxquels par conséquent tous les enfans de cette femme, tant ceux du second que ceux du premier lit, ont un droit égal.

Ces différences fondamentales présupposées entre le second chef de l'édit et la disposition de nos coutumes, il sera facile

d'en parcourir toutes les espèces de différences, et d'en apercevoir les raisons.

PREMIÈRE DIFFÉRENCE.

Il y a lieu au second chef de l'édit lorsque la femme qui s'est remariée meurt, soit qu'elle ait disposé, soit qu'elle n'ait pas disposé des choses qui lui ont été données par son premier mari; et ces choses appartiennent aux seuls enfans de son premier mariage, soit qu'ils soient héritiers de leur mère, soit qu'ils ne le soient pas. Au contraire, il n'y a pas lieu à la disposition de nos coutumes touchant les conquêts, lorsque la femme qui s'est remariée est morte sans en avoir disposé; et ils se partagent comme biens de sa succession entre tous ses enfans, tant du premier que du second lit, qui ne peuvent en ce cas y prendre part qu'en qualité d'héritiers de leur mère.

SECONDE DIFFÉRENCE.

C'est que, selon les coutumes de Paris et d'Orléans, lorsque la femme a disposé des conquêts, il n'y a lieu à l'action révocatoire que pour les portions des enfans du premier lit, et la disposition vaut pour le surplus; au lieu que par le second chef de l'édit la disposition que la femme qui s'est remariée a faite des choses à elles données par son premier mari, est infirmée pour le total par les enfans du premier lit.

TROISIÈME DIFFÉRENCE.

Il n'y a que les aliénations faites durant le second mariage qui puissent recevoir atteinte pour les portions des enfans du premier lit; celles faites auparavant n'en peuvent recevoir aucune, à moins qu'on ne justifie qu'elles eussent été faites en fraude et dans le dessein d'en faire passer le prix au second mari que la femme étoit sur le point d'épouser. Pareillement celles faites depuis la dissolution du second mariage ne peuvent recevoir aucune atteinte; nos coutumes le décident en termes formels. Au contraire, par le second chef de l'édit les enfans du premier lit peuvent revendiquer contre les tiers-acquéreurs les choses données par leur père à leur mère qui s'est remariée, en quelque temps que ce soit qu'elle en ait disposé, soit avant, soit depuis son second mariage. La raison de différence est que dans le cas du second chef de l'édit c'est le second mariage qui

donne lieu à la substitution légale des biens donnés à la femme qui s'est remariée par son premier mari, et non pas les aliénations que la femme en fait, puisque, quand même elle ne les auroit pas aliénés, la substitution ne laisseroit pas d'avoir lieu au profit des enfans du premier mariage, comme nous l'avons vu ci-dessus; au lieu qu'à l'égard des conquêts, la coutume n'ayant fait autre chose que d'interdire à la femme qui s'est remariée d'aliéner les conquêts de son premier mariage au préjudice des portions des enfans du premier lit, la substitution légale de ces conquêts au profit desdits enfans ne peut naître que de l'aliénation même qui en est faite contre la défense de la loi. Il n'y a que celles faites durant le second mariage qui soient faites contre la défense de la loi : il n'y a donc que celles-là qui puissent donner lieu à la substitution légale des conquêts au profit des enfans.

QUATRIÈME DIFFÉRENCE.

Les biens que les enfans recueillent en vertu de la substitution légale du second chef de l'édit, leur sont, comme nous l'avons décidé en l'article précédent, propres paternels, comme étant censés n'avoir été donnés à leur mère qu'à la charge de les leur rendre. Au contraire les conquêts, dans le cas de nos coutumes, leur sont propres maternels par les raisons rapportées au commencement de ce paragraphe.

Quand les dispositions des coutumes de Paris et d'Orléans cessent-elles d'avoir lieu? et si elles s'étendent à l'homme qui se remarie?

Les dispositions des coutumes touchant la défense qui est faite à la femme qui se remarie de disposer des conquêts au préjudice des portions des enfans du premier lit, cessent par la dissolution du second mariage. Nos coutumes déclarent formellement qu'elle recouvre la faculté d'en disposer à son gré.

La disposition de ces coutumes cesse encore plus par le prédécès des enfans du premier mariage avant leur mère.

Quant à la question si la disposition de ces coutumes devoit s'étendre à l'homme qui se remarie, elle a fait difficulté autrefois. Plusieurs pensoient qu'elle ne devoit pas s'y étendre, la même raison ne militant pas pour l'homme comme pour la femme. L'homme ayant la part principale à l'administration des affaires de la communauté, et en étant même le seul administrateur, c'est à ses soins, à ses travaux que la femme est redevable des

acquisitions qu'elle a faites avec lui; ce qui l'oblige plus particulièrement à conserver aux enfans qu'elle a eus avec lui les portions qu'ils doivent amander dans ces conquêts; et c'est peut être ce qui a servi de motifs aux dispositions de nos coutumes. Or, cette raison étant particulière à la femme, il paroissoit s'ensuivre que la disposition de ces coutumes ne devoit pas être étendue à l'homme. Cependant, par l'arrêt de 1697, que nous avons déjà cité, et qui a fixé la jurisprudence, il a été jugé que l'homme qui se remarie ne pouvoit pas avantager sa seconde femme des conquêts de sa première communauté: et en ce point la disposition de ces coutumes a été étendue à l'homme. Elle ne l'est pas néanmoins en tout point, car il paroît par l'arrêt de Sourdeval que toutes sortes de dispositions faites à d'autres personnes qu'à une seconde femme, ne sont pas interdites à l'homme qui s'est remarié, comme elles le sont à la femme.

FIN DU TRAITÉ DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

TRAITÉ

DES

PERSONNES ET DES CHOSES.

PREMIÈRE PARTIE.

Des personnes.

TITRE PREMIER.

Division des personnes en ecclésiastiques, en nobles, gens du tiers-état, et serfs.

SECTION PREMIÈRE.

Des ecclésiastiques, et de leurs priviléges.

Les ecclésiastiques composent le premier ordre du royaume; ils sont distingués des autres sujets par plusieurs priviléges que nos rois leur ont accordés.

Les avantages dont ils jouissent sont ou des honneurs ou des droits utiles.

Nous ne parlerons pas ici des droits utiles qui leur ont été accordés, parce que nous n'avons maintenant pour objet que de traiter des personnes.

Nous nous bornerons donc aux droits personnels qui concernent les ecclésiastiques.

Lorsque nous disons que les ecclésiastiques composent le premier ordre du royaume, c'est-à-dire qu'ils ont le pas et la préséance sur les laïques dans les églises et dans les cérémonies de religion : dans les assemblées politiques, le corps du clergé précède aussi les autres corps, comme il paroît par les séances des états-généraux ou particuliers; de même, dans les parlemens, on prend les voix des conseillers-clercs avant celle des laïques; dans les provinces, l'archevêque précède les gouverneurs; les corps des chapitres des églises cathédrales ont la préséance sur les corps des bailliages, sénéchaussées ou présidiaux.

A l'égard du rang que les corps du clergé doivent garder entre eux, il se règle suivant les anciens usages. (Voyez M. Fleury, partie 1re, chap. 29.)

Les exemptions accordées aux ecclésiastiques sont de deux

sortes : les unes sont purement personnelles, et tendent à leur conserver le repos nécessaire pour vaquer à leurs fonctions; les autres sont réelles-personnelles, et regardent plus la conservation de leurs biens; car puisque le public les entretient et les récompense de leur travail, il est juste de leur conserver leur revenu, et de ne pas prendre d'une main ce qu'on leur donne de l'autre. (M. Fleury, Instit. au droit ecclésiast.)

Les exemptions réelles-personnelles sont, 1° que les ecclésiastiques ne sont compris dans aucunes des impositions pour la subsistance des troupes et fortifications des villes, réparations de murs, ponts et chaussées, ni généralement pour aucuns octrois, subventions ou autres emprunts de communautés (Mém., partie 4, chap. 23); ce qui est fondé sur les ordonnances de 1568, 1571, 1572 et 1574. Néanmoins cette exemption ne doit pas s'étendre aux cas de nécessités publiques, suivant l'arrêt solennel de la cour des aides de 1596, rendu en avril, qui déclare les ecclésiastiques contribuables aux nécessités publiques, telles que la fortification et la clôture des villes, comme aussi aux frais qui se font pour honorer les premières entrées des rois et reines de ce royaume. Ils doivent aussi, dans les temps de misère et de disette, contribuer aux aumônes publiques pour la nourriture des pauvres.

L'assemblée pour faire la taxe doit même se faire en présence de l'évêque, qui doit y présider, ou son grand-vicaire en son absence. S'il n'y a pas d'évêque, ce doit être l'ecclésiastique le plus qualifié; ce qui doit même s'observer dans les villes où il y a parlement et où il n'y a pas d'évêché.

2° Les ecclésiastiques sont exempts des tailles personnelles pour leurs biens ecclésiastiques, pour leur titre clérical, et pour ce qui leur écheoit par succession, en ligne directe seulement, pour leur part héréditaire, aussi bien que pour les revenus des bénéfices et des dîmes qu'ils font valoir par leurs mains ou qu'ils tiennent à ferme : mais ces priviléges, dit M. Fleury, ont reçu de grandes atteintes dans les derniers temps. En la plupart des lieux les ecclésiastiques sont compris à la taille pour les biens qu'ils font valoir, les intendans les taxent pour les dîmes qu'ils tiennent à ferme, et les habitans les imposent sous le nom de faisant valoir leurs dîmes. Les ecclésiastiques ne sont plus exempts que pour une des fermes de leur bénéfice; du reste, ils peuvent faire valoir leurs terres par leurs mains jusqu'à concurrence de quatre charrues, pourvu

qu'elles soient situées dans la même paroisse. S'ils en font valoir davantage, ou s'ils en prennent à ferme, ils sont sujets à la taille. Cependant les curés peuvent prendre à ferme les dîmes de leur paroisse, sans qu'on puisse les imposer à la taille.

3o Les biens appartenant à l'Église sont francs comme les biens nobles. Les ecclésiastiques peuvent posséder des biens nobles sans être sujets aux droits de franc-fief : la plupart des coutumes les exemptent même des corvées réelles; et dans celles où ils n'en sont pas exempts, ils ne sont pas obligés de les remplir par eux-mêmes; il suffit qu'ils les fassent faire par d'autres. Ils ne sont pas non plus assujettis aux bannalités de moulin, de four et de pressoir.

4o Dans les pays où l'impôt du sel a lieu, les ecclésiastiques en sont exempts, comme de la visite de leur maison pour recherche de faux sel : ils sont encore exempts du droit d'aides pour les vins de leur cru, soit bénéfice ou patrimoine, ou provenant de leur titre clérical. Ils ne sont pas sujets au droit de vingtième s'ils le vendent en gros, ni au huitième ni quatrième s'ils le vendent en détail (arrêt de la cour des aides, du 4 août 1632, ordonnance de 1616). Il en est de même du vin qui provient de leur dîme, ou des pressoirs bannaux dont la bannalité est établie avant 1650. Le vin donné aux curés ou aux vicaires pour leur portion est réputé vin de leur crû.

5o Par un privilége particulier on a accordé aux ecclésiastiques, à cause des troubles qui ont agité le royaume, la dispense de représenter leurs titres pour constater les droits qu'ils prétendent; il suffit qu'ils aient des actes de possession qui puissent y suppléer.

Pour ce qui est des exemptions personnelles des ecclésiastiques, elles consistent :

1o En celle de la juridiction. Les ecclésiastiques ont obtenu de nos rois le privilége de pouvoir demander leur renvoi dans leurs causes pures personnelles où ils sont défendeurs, devant les juges d'église; et les juges d'église peuvent aussi les revendiquer lorsqu'ils n'ont pas demandé le renvoi.

Il faut néanmoins observer que le juge ecclésiastique seroit incompétent s'il étoit question d'une cause pure personnelle qui emportât dérogation au privilége ecclésiastique, *v. g.* si un ecclésiastique avoit accepté une tutelle dont il seroit comptable au juge laïque, ou s'il avoit fait quelques actes de com-

merce; auquel cas il seroit justiciable des consuls ou autres juges laïques.

Mais cette permission de demander son renvoi devant le juge ecclésiastique n'est accordée qu'à ceux qui sont dans les ordres sacrés, c'est-à-dire au moins sous-diacres, et aux religieux profès.

Ils ont aussi le même privilége dans les matières criminelles; et s'il s'agit du délit commun, le juge ecclésiastique en connoît seul : si, au contraire, il s'agit d'un cas privilégié, la procédure doit être instruite conjointement avec le juge d'église et par le juge laïque.

Les ecclésiastiques peuvent aussi, en tout état de cause, demander à être jugés toute la grand'chambre du parlement où la procédure est pendante, assemblée. (Ordonnance de 1670, titre 1, art. 21.)

2° Les ecclésiastiques sont exempts des charges municipales et des charges de tutelles et curatelles, à moins qu'ils ne les acceptent volontairement.

3° Ils sont exempts de la contrainte par corps portée par l'ordonnance de Moulins pour dettes civiles, même pour les dépens auxquels ils seroient condamnés. Il faut cependant excepter le cas auquel ils auroient contracté des obligations qui les auroient fait déroger à leurs priviléges.

L'ordonnance de 1667 porte que les meubles des ecclésiastiques destinés au service divin ou à leur usage, même leurs livres, jusqu'à concurrence de 150 liv., ne peuvent être saisis ni exécutés par leurs créanciers, et ceux-ci doivent leur laisser une certaine portion des fruits de leur bénéfice pour leur subsistance. Le titre clérical ne peut pas non plus être saisi ni décrété : c'est pour cela qu'il doit être publié au prône des paroisses, afin que ceux qui y ont intérêt puissent former opposition à l'établissement de ce titre.

4° Ils sont dispensés du service militaire qui se devoit autrefois à cause des fiefs, et n'a plus lieu qu'à la convocation de l'arrière-ban. Ils ne sont pas même obligés à fournir d'autres personnes pour servir à leur place, ni à payer aucunes taxes pour cet effet. Ils sont aussi exempts de guet et de garde. (Blois, art. 55 et 56.) Ils sont encore exempts des logemens de gens de guerre. Il est défendu aux gens de guerre, sous peine de la vie, de loger dans les maisons presbytérales ou autres affectées aux bénéfices, ou dans les maisons d'habitation des ecclésias-

tiques; et aux maires et échevins de ville, et aux fourriers des logis, de donner des billets pour y faire loger, ou d'imposer sur les ecclésiastiques aucunes taxes pour raison de logement, ustensiles ou fournitures telles qu'elles soient.

Tous les clercs, comme nous l'avons dit, ne jouissent pas des priviléges accordés aux ecclésiastiques. Il faut qu'ils soient constitués dans les ordres sacrés, ou au moins clercs tonsurés et pourvus de quelques bénéfices. Ceux même qui ne sont pas connus comme ecclésiastiques, quoiqu'ils le soient en effet, soit qu'ils soient travestis, vagabonds ou autrement, ne jouissent pas de ces priviléges.

SECTION II.

De la noblesse et de ses priviléges; comment elle se perd; de quelle manière elle se recouvre, et des usurpateurs de noblesse.

La noblesse, considérée comme le second ordre de l'état, comprend tous les nobles du royaume; mais si on la considère comme une qualité distinctive de plusieurs personnes, elle peut se définir un titre d'honneur qui donne à ceux qui en sont revêtus plusieurs priviléges et exemptions.

On distingue deux sortes de noblesse; celle de race et celle de concession.

ARTICLE PREMIER.

De la noblesse de race.

La noblesse de race est celle dont on ne connoît pas l'origine, ou, comme le dit Loiseau, dont on ne peut coter le commencement. Les actes de possession suffisent pour la prouver. Suivant le réglement des tailles de 1500, la possession du père et de l'aïeul est regardée comme suffisante. La déclaration de 1664 exigeoit que l'on rapportât des preuves de cette possession depuis 1550. Cependant aujourd'hui il suffit de rapporter des extraits baptistaires, des contrats de mariage, des partages et autres actes de familles, dont les dates remontent au-delà de cent ans, et qui justifient que depuis ce temps les ancêtres ont vécu noblement et ont été qualifiés comme tels. Si néanmoins il y avoit preuve contre celui qui avance cette possession de cent ans, qu'il a eu avant ce temps des ancêtres roturiers, il ne seroit pas noble. La noblesse est imprescriptible, et ce qui est imprescriptible ne peut s'acquérir que par les voies de droit. La raison de ce que la noblesse n'est pas sujette

à la prescription est que ses effets sont de donner à ceux qui en sont décorés l'exemption de plusieurs charges; et en cela elle est contraire à l'intérêt primitif de l'état, qui demande que tous les membres en supportent également les charges. Si donc quelques personnes sont exemptes de ces charges, ce ne peut être que par privilége : or tout privilége demande une concession expresse, et ne peut jamais s'acquérir par prescription.

La preuve de la possession immémoriale de la noblesse doit renfermer de la part de celui qui annonce cette possession deux choses, savoir, sa filiation et la possession de ses ancêtres.

1° Sa filiation : en effet ce seroit en vain qu'il prétendroit que ses ancêtres ont été nobles s'il ne prouvoit pas qu'il descend d'eux en ligne directe; et il soutiendroit inutilement qu'il a reçu d'eux la noblesse s'il ne fait voir que c'est d'eux qu'il a reçu la naissance. Si, lorsqu'on dispute à un fils de famille la succession de son père, à laquelle il est appelé par la voie unanime de la nature et de la loi, la première chose qu'il doive faire est de prouver sa filiation, c'est-à-dire qu'il est véritablement fils de celui dont on lui conteste la succession, à combien plus forte raison celui qui se prétend noble de naissance doit-il montrer sa descendance de race en race de ceux qu'il prétend lui avoir transmis sa noblesse, qui n'est pas une qualité introduite par le droit civil en faveur des citoyens, mais un privilége dont il ne décore qu'un certain nombre de personnes.

2° La preuve de la noblesse de race doit démontrer la possession des ancêtres, qui ont toujours pris la qualité de chevalier, d'écuyer, même de noble, qui est la qualification ordinaire des gentilshommes en Normandie et dans les pays de droit écrit.

Dans quelques-unes des provinces du droit écrit, comme le Lyonnois, le Forez et le Beaujollois, les officiers de justice, les avocats et médecins, prennent la qualité de nobles; mais cette qualité ne leur donne ni à eux ni à leurs enfans aucun titre de noblesse, s'ils ne l'ont de race et d'ancienneté.

Nous avons dit ci-dessus que la noblesse de race étoit suffisamment prouvée par une possession de cent ans. En Normandie on suit une autre règle; il faut prouver quatre degrés ou générations de noblesse, et ces quatre degrés seroient suffisans quand même ils ne remonteroient pas au-delà de cent ans; mais

aussi, s'il falloit remonter plus loin, la preuve de ces quatre degrés est absolument nécessaire.

Plusieurs de nos anciens auteurs ont cherché l'origine de cette ancienne noblesse. Quelques-uns d'eux croient la voir établie chez les anciens Gaulois; mais il est bien plus raisonnable de ne pas donner à cet établissement une origine plus ancienne que la monarchie. Pasquier, Loiseau et quelques autres nous apprennent que les Francs, après avoir conquis les Gaules sur les Romains, conservèrent sur eux la supériorité que la victoire peut donner au vainqueur sur les vaincus. Les avantages qui furent une suite de cette supériorité étoient en grand nombre; les Francs pouvoient seuls porter les armes, ils étoient seuls admis aux dignités de l'état. Les bénéfices connus depuis sous le nom de fiefs leur étoient affectés : ils avoient leur entrée dans les assemblées générales de la nation, qui se tenoient annuellement.

Il faut cependant observer que les Francs, soit au moment de leur conquête, soit depuis, admirent quelques Romains à leurs franchises. Tous les Romains que le roi admettoit à sa table étoient, eux et leurs enfans, incorporés à la nation des Francs. C'étoit une espèce d'anoblissement. Il y a lieu de présumer qu'à cette distinction des Francs et des Romains succéda celle des nobles et des roturiers; que les nobles furent ceux qui descendoient des Francs, et se trouvoient en possession de leurs priviléges, et que les roturiers au contraire furent ceux qui descendoient des Romains ou qui avoient été réduits à leur condition. On se convaincra de plus en plus de la vérité de cette origine, si on considère que les priviléges dont jouit la noblesse sont presque tous ceux dont les Francs étoient en possession.

ARTICLE II.

De la noblesse de concession.

La noblesse de concession est celle qui est accordée par le roi. Lui seul peut la donner. Les concessions qu'il en fait sont ou générales ou particulières.

Les concessions générales sont celles qui ont lieu en faveur de tous les descendans mâles de tous ceux qui ont été pourvus de certains offices auxquels elle est attachée. La noblesse est attachée à quelques-uns de ces offices au premier degré : il suffit que le père les ait possédés pour que le fils soit noble.

Tels sont les offices de la couronne, ceux des cours souveraines, ceux de secrétaires du roi, soit du grand, soit du petit collége, et quelques autres. Il y a au contraire des offices, tels que ceux des trésoriers de France, auxquels la noblesse n'est attachée qu'au second degré : il faut que le père et l'aïeul aient été pourvus de ces offices pour que le fils soit noble.

Mais pour que celui qui est pourvu d'un office auquel la noblesse est attachée puisse l'acquérir et la transmettre à ses descendans, il faut qu'il ait possédé l'office pendant vingt ans, ou qu'il en soit mort revêtu; ce qui a lieu, soit pour les offices auxquels la noblesse a été attachée au premier degré, soit pour ceux auxquels elle n'est acquise qu'au second; et dans ce second, il faut que le père ou l'aïeul aient chacun possédé l'office pendant vingt ans ou en soient morts revêtus.

On demande de quel temps ces vingt ans commencent à courir, si c'est du jour des provisions ou du jour de l'installation. On ne peut faire courir les vingt ans du jour des provisions, si l'on considère que la noblesse n'est pas tant attachée à la propriété de l'office qu'à l'exercice; car les provisions ne font que donner un droit à l'office, et elles ne confèrent pas la qualité d'officier. Ce n'est donc pas évidemment du jour des provisions que doivent courir les vingt ans. Mais peut-on même les faire courir du jour de la réception, ou ne doivent-ils pas plutôt commencer à n'être comptés que du jour de l'installation? A la vérité on acquiert le caractère d'officier par la réception, mais on n'entre dans l'exercice de l'office que par l'installation; et si la noblesse est attachée à l'exercice de l'office, si elle en est la récompense, il s'ensuit que les vingt ans d'exercice ne doivent commencer que du jour de l'installation. Il en résulteroit donc que celui qui décéderoit après avoir obtenu les provisions d'un office qui anoblit, après même avoir été reçu dans cet office, mais avant son installation, n'auroit pas la noblesse, et ne la transmettroit pas à ses descendans. Mais, malgré ces raisons, qui sont très-fortes, l'opinion contraire a prévalu. Il paroît qu'on tient pour constant que les vingt ans requis pour acquérir la noblesse commencent à courir du jour de la réception. On se fonde sur ce que les édits de création n'exigent rien autre chose sinon que le titulaire ait possédé l'office et ait été officier pendant vingt ans.

On a aussi proposé la question de savoir si le titulaire de l'office auquel la noblesse est attachée, qui viendroit à résigner

avant vingt ans d'exercice, mais après avoir obtenu des lettres de vétérance, acquerroit la noblesse. L'affirmative paroît former le sentiment le plus unanime et le mieux fondé. Celui qui a obtenu des lettres de vétérance demeure toujours officier, il doit acquérir tous les droits qui sont attachés à son office. Or la noblesse en est un des premiers et des plus considérables; on ne peut donc le lui contester.

Outre les différens offices de justice et de finance auxquels nos rois ont attaché la noblesse, il y a aussi plusieurs offices municipaux, qui, dans certaines villes, confèrent la noblesse à ceux qui les obtiennent. On peut voir dans le Dictionnaire des arrêts sur le mot *Noblesse* les différentes villes où les maires et échevins acquièrent la noblesse par une concession particulière de nos rois. Nous observerons cependant que, dans plusieurs de ces villes, il n'y a que la mairie qui confère la noblesse.

Comme l'exercice de ces offices est limité à un certain temps, il en résulte que, pour acquérir la noblesse qui y est attachée, il n'est pas nécessaire de les avoir possédés pendant vingt ans, comme cela est requis pour les autres offices; mais il faut observer, par rapport à ces offices, la seconde règle dont nous avons parlé, qui est que ceux qui meurent avant la fin de leur exercice n'en acquièrent pas moins la noblesse pour la transmettre à leurs descendans; mais ceux qui ont été nommés à ces offices doivent prendre un certificat dans la forme ordinaire, qui prouve qu'ils ont été effectivement pourvus; et ce certificat leur sert de preuve de noblesse.

Par une concession générale du prince, la noblesse s'acquiert encore par le service militaire.

Ce n'est que depuis très-peu d'années que le service militaire confère la noblesse. Louis XV, voulant récompenser ceux de nos militaires qui avoient défendu l'État avec tant de zèle et de courage pendant la guerre, ne s'est pas contenté, ainsi que les rois ses prédécesseurs, de leur donner des marques de sa reconnoissance par des honneurs et par des pensions, il a porté sa générosité plus loin. Considérant que ces honneurs et ces bienfaits leur étoient personnels et s'éteignoient avec eux, il a voulu les honorer par des distinctions plus durables et qu'ils pussent transmettre à leur postérité. Il a donné un édit au mois de novembre 1750, portant création d'une noblesse qui peut s'acquérir par les armes, sans qu'il soit besoin de lettres d'anoblissement. Cet édit ne confère pas la noblesse à tous ceux qui

font la profession des armes; il distingue les officiers d'avec les simples soldats. La nombreuse multitude de ces derniers ne permet pas en effet qu'on leur accorde un privilége dont l'effet seroit de surcharger les sujets qui portent le poids des tailles et des impositions. C'est aussi par cette raison que l'édit ne veut pas que tous les officiers indistinctement acquièrent la noblesse. L'édit distingue les officiers généraux d'avec ceux d'un grade inférieur. L'art. 2 porte que tous officiers généraux non nobles qui étoient au service au moment de la publication seront et demeureront anoblis avec leur postérité née et à naître en légitime mariage.

Par l'art. 3, il est dit qu'à l'avenir le grade d'officier général conférera la noblesse de droit à ceux qui y parviendront, et qu'ils jouiront de tous les droits de la noblesse à compter du jour et date de leurs brevets. Les officiers généraux sont les maréchaux de France, les lieutenans-généraux des armées du roi, et tous les autres officiers, jusqu'aux maréchaux de camp inclusivement.

Quant aux officiers d'un grade inférieur à celui de maréchal de camp, ils ne deviendront nobles de droit que lorsque leur père et leur aïeul auront chacun servi l'espace de trente ans non interrompus, dont ils auront passé vingt ans avec la commission de capitaine, ou dix-huit avec celle de lieutenant-colonel, ou seize avec celle de colonel, ou quatorze avec le rang de brigadier des armées du roi, et qu'ils auront été créés chevaliers de l'ordre de Saint-Louis; et ils n'acquerront eux-mêmes la noblesse dans ces cas, qu'après avoir été eux-mêmes créés chevaliers de Saint-Louis, et qu'après avoir servi eux-mêmes pendant le temps et avec le rang ou commission requis (art. 4 et 6).

Cet article reçoit quelques exceptions. 1° Les officiers devenus capitaines et chevaliers de l'ordre de Saint-Louis que leurs blessures mettent hors d'état de continuer leur service, demeureront dispensés du temps qui restera encore à courir (art. 8).

2° Ceux qui mourront au service après être parvenus au grade de capitaine, mais sans avoir rempli les autres conditions dont nous venons de parler, seront censés les avoir accomplies (art. 9).

Il faut encore observer que ce qui est renfermé dans les art. 6, 8 et 9 regarde tous les officiers indistinctement, soit

ceux qui sont dans le premier ou second degré, soit ceux qui remplissent le troisième, et qui acquièrent de plein droit la noblesse.

La même loi fixe ensuite la manière dont les officiers pourront, dans les différens cas, justifier le temps de service et les autres circonstances dont nous avons parlé : elle veut qu'on prenne dans tous ces cas un certificat du secrétaire d'état chargé du département de la guerre.

S'il ne s'agit que de justifier le temps de service, le certificat doit porter que l'officier a servi pendant le temps prescrit, dans tel corps ou dans tel grade.

Dans le cas où l'officier est hors d'état de continuer son service à cause de ses blessures, le certificat doit en outre contenir et spécifier la qualité des blessures de cet officier, les occasions de guerre dans lesquelles il les a reçues, et la nécessité dans laquelle il se trouve de se retirer (art. 8).

Si au contraire l'officier est mort au service, le certificat, qui sera délivré à ses enfans, portera que leur père, au jour de sa mort, servoit dans tel corps et dans tel grade. Celui qui acquiert la noblesse doit aussi prendre un certificat dans la même forme pour justifier de ses services personnels. Ce n'est même que du jour de la date de ce certificat qu'il commence à jouir des droits de la noblesse. Si même l'officier qui remplit le troisième degré étoit mort au service après être parvenu au grade de capitaine, il sera censé avoir acquis la noblesse; et, pour en assurer la preuve, il doit être délivré à ses enfans légitimes un certificat dans la forme que nous avons dite (art. 10 et 11).

Nous observerons que la déclaration du 22 janvier 1752 veut qu'au lieu du certificat du secrétaire d'état, que les officiers devoient obtenir pour justifier le temps de leurs services ou les autres cas dont nous avons parlé, il leur soit délivré des lettres scellées du grand sceau, sous le titre de lettres d'approbation de services. Ces lettres doivent exactement contenir la même attestation que devoit porter le certificat du secrétaire d'état chargé du département de la guerre. Il ne faut pas omettre que ces lettres ne sont sujettes à aucun enregistrement.

Pour conserver plus facilement la preuve du service militaire, l'édit de 1750 avoit permis aux officiers de déposer pour minutes, chez tels notaires royaux qu'ils jugeroient à

propos, les lettres, brevets et commissions de leurs grades, ainsi que les certificats des secrétaires d'état chargés du département de la guerre, et d'en retirer des expéditions; mais la déclaration de 1752 a révoqué la faculté de faire ces dépôts; elle permet seulement aux officiers de déposer pour minutes leurs lettres d'approbation de services, et les autres lettres de leurs grades aux greffes des cours de parlemens, dont il doit être délivré des expéditions sans frais; ils peuvent aussi faire ces dépôts aux chambres des comptes, aux cours de aides (art. 5).

Il faut encore observer que les officiers non nobles qui étoient au service au jour de la publication de l'édit, doivent jouir du bénéfice de cet édit à mesure que le temps de leur service sera accompli, quand même ce temps auroit commencé à courir avant qu'il eût été publié (art. 16); mais cet article n'accorde aux officiers d'autre avantage rétroactif, que le droit de remplir le premier degré. Les cours souveraines, et autres juridictions qui ont droit d'en connoître, ne doivent pas les admettre à la preuve des services de leurs pères ou aïeux retirés du service, ou décédés avant la publication de l'édit.

Les concessions particulières de la noblesse sont celles qui sont faites à ceux que le roi veut en gratifier par des lettres qu'il leur accorde. Ces lettres sont connues sous le nom de lettres d'anoblissement; il n'y a que le roi qui puisse les accorder. En effet, la concession de la noblesse est un acte de la souveraineté qui est essentiellement réservé à la royauté. Les rois en ont même été seuls en possession dans le temps où l'autorité royale étoit presque éclipsée. M. Pichon rapporte un arrêt du parlement de Paris de 1250, qui porte que le comte de Flandre, nonobstant tout usage contraire, ne pouvoit ni ne devoit faire d'un roturier un chevalier, c'est-à-dire l'anoblir. Loisel propose aussi, comme une des lois fondamentales de l'état, que nul ne peut anoblir que le roi.

Les lettres d'anoblissement doivent être scellées du grand sceau, et enregistrées au parlement, à la chambre des comptes et à la cour des aides; aussi voyons-nous que ces lettres sont adressées à ces différentes cours : le défaut d'enregistrement les rendroit nulles. On trouve dans le Dictionnaire des arrêts, un arrêt qui a jugé que la succession d'un homme qui n'avoit pas fait enregistrer au parlement ses lettres de noblesse, seroit partagée comme la succession d'un roturier, quoique ces let-

tres, suivant qu'il paroît, eussent été enregistrées en la chambre des comptes.

Bacquet rapporte le formulaire de ces lettres d'anoblissement; on y voit que celui qui les a obtenues doit payer une finance suivant la taxe de messieurs de la chambre des comptes. Aujourd'hui le roi remet presque toujours cette finance, qui est pour l'indemniser de la diminution de ses droits. L'impétrant de ces lettres, outre la finance d'indemnité, en doit encore une autre qu'on nomme *aumône*, parce qu'on l'emploie en œuvres pieuses. Elle est pareillement fixée par messieurs de la chambre des comptes; mais la remise s'en fait beaucoup plus rarement. (Loiseau, des Ordres, ch. 5, n. 55, 56.)

Pour que la noblesse qui est conférée par ces lettres d'anoblissement soit irrévocable, il faut que la grâce soit fondée sur des services rendus à l'état, et dont la preuve se trouve sous le contre-scel des lettres. Il n'importe de quelle nature soient les services; il suffit que le roi les ait regardés comme suffisans pour mériter la noblesse. La mention des services dans les lettres est si nécessaire, qu'on ne seroit pas admis à en alléguer dans le cas d'omission.

Les lettres de noblesse qui ne sont fondées sur aucun service sont toujours révocables. Si elles avoient été acquises à prix d'argent, il faudroit que le roi remboursât la finance qu'il auroit reçue pour les accorder. C'est dans ce cas une espèce d'engagement du domaine qu'il peut faire cesser par le remboursement.

Nous ne connoissons pas d'autres manières d'acquérir la noblesse dans ce royaume, que la réception en un office auquel la noblesse est attachée, le service militaire et les lettres d'anoblissement.

On a long-temps douté si les fiefs de dignité anoblissoient ceux qui en avoient reçu l'investiture. Quelques auteurs avoient embrassé l'affirmative indistinctement. (Loisel, règ. 11, tit. 1, l. 1.) Dumoulin en sa note sur l'art. 9 de l'ancienne coutume de Paris, distingue si le roturier a été investi par le roi, ou non, et il prétend que les fiefs de dignité n'anoblissent que dans le premier cas. Loiseau, ch. 8, des Seigneuries, n. 21, admet cette disitincton. Par l'ordonnance de Blois de l'année 1579, art. 258, les fiefs, de quelque dignité qu'ils soient, n'anoblissent plus leurs possesseurs; et quant à nous, nous croirions que si le roi donnoit à un roturier l'investiture d'un fief de dignité, celui-ci seroit

censé anobli; il en seroit de même si le roi érigeoit en faveur d'un roturier une terre en titre de baronnie, marquisat, comté ou duché; en effet, une pareille érection seroit une concession tacite de la noblesse, parce qu'on ne peut être baron, marquis, comte ou duc, sans être noble; mais, dans ce cas, ce n'est pas tant, comme le remarque Loiseau, le fief qui anoblit, que l'investiture que le roi en donne.

De même que les fiefs de dignité, qui originairement ne pouvoient être possédés que par des nobles, n'anoblissent pas leurs possesseurs, si ce n'est dans les deux cas que nous avons proposés; de même les offices affectés aux nobles par leur édit de création, ne confèrent pas la noblesse à ceux qui en sont pourvus. (Loiseau, ch. 5, n. 49 des Ordres.)

Quelquefois, au lieu de lettres de noblesse, nos rois accordent des lettres de chevalerie qui produisent le même effet; elles ont même cet avantage sur celles de noblesse, qu'elles confèrent la noblesse sans aveu de roture.

Au reste, il faut suivre à l'égard de ces lettres tout ce que nous avons dit des lettres de noblesse.

La noblesse, soit de race, soit de concession, est par sa nature transmissible, mais elle ne se transmet que par mâles, et en légitime mariage. 1° Elle ne se transmet que par mâles. C'est en effet une règle certaine en droit, que les enfans suivent la famille du père. Les filles nobles jouissent à la vérité de la noblesse de leur père, mais elles sont incapables de la transmettre à leurs enfans. Les filles nobles perdoient même autrefois leur noblesse en épousant un roturier (Loiseau, chap. 5, n. 65); mais aujourd'hui leur noblesse n'est qu'en suspens pendant leur mariage; elles rentrent, après la mort de leur mari, dans tous les droits que leur donnoit leur naissance. Il faut cependant qu'elles déclarent qu'elles veulent vivre noblement.

De même qu'une fille noble qui a épousé un roturier perd sa noblesse, ou du moins n'en peut tirer avantage durant son mariage, de même la femme roturière qui a épousé un noble jouit de tous les avantages de la noblesse, non-seulement pendant son mariage, mais encore pendant son veuvage et jusqu'à ce qu'elle passe à de secondes noces. Cette règle souffre néanmoins exception à l'égard de la femme serve, qui n'est pas anoblie par son mariage avec un noble. (Loisel, règle 81, tit. 1, l. 1.)

Il y avoit quelques coutumes où la noblesse se transmettoit

tant par mâles que par femmes; de sorte que, pour être noble, il suffisoit d'être né d'un père ou d'une mère noble. Telles sont les coutumes de Troyes, Sens, Meaux, Chaumont et Vitry; mais il a été jugé par plusieurs arrêts que cette noblesse n'étant établie que par la coutume, elle ne pouvoit avoir que des effets coutumiers sans qu'on pût s'en servir pour l'exemption des tailles ou de tous autres droits semblables. (Arrêt de la cour des aides de 1566.) Il paroît même difficile à comprendre comment cette noblesse, ne produisant aucuns des effets ordinaires, peut encore être distinguée lorsqu'il s'agit du partage des successions, ou autres cas semblables où cette noblesse peut être de quelque utilité.

Charles VII, pour récompense des services de Jeanne d'Arc, connue sous le nom de Pucelle d'Orléans, l'avoit anoblie, elle et ses deux frères et leurs descendans, tant par mâles que par femmes; mais ce privilége a été restreint dans le dernier siècle sur les conclusions du procureur-général, et la noblesse ne se transmet plus dans cette famille que par les mâles, suivant le droit commun. (Édit de 1614.)

Quoique la noblesse ne se transmette que par mâles, et qu'il ne puisse y avoir de noblesse du côté de la mère, il faut cependant avouer que la noblesse de celui qui est né de père et de mère nobles est plus pure; aussi y a-t-il certains cas où l'on requiert la noblesse, tant du côté du père que du côté de la mère.

2° La noblesse ne se transmet qu'en légitime mariage. Il est vrai que, selon nos anciens usages, le bâtard avoué retenoit le nom et les armes de son père; mais Henri IV a aboli cet usage; il a défendu, par l'art. 26 du réglement de 1600, aux bâtards, encore qu'ils fussent issus de pères nobles, de s'attribuer le titre et la qualité de gentilshommes, s'ils n'obtiennent des lettres d'anoblissement, fondées sur leur propre mérite ou sur les services de leurs pères; et même le bâtard d'un gentilhomme qui obtiendroit du prince des lettres de légitimation, n'acquerroit pas pour cela la noblesse, à moins qu'il n'y eût fait insérer la clause d'anoblissement; cela est fondé sur ce que la légitimation par lettres du prince n'a d'autre effet que de purger le vice de la naissance, sans donner les droits de famille, dont la noblesse est un des plus considérables.

Cette règle souffre cependant deux exceptions : la première est que les bâtards des rois sont princes; la deuxième, que les

bâtards des princes sont gentilshommes; mais, sous le nom de prince, il ne faut entendre que les princes du sang ou les princes légitimés ; nous n'en connoissons pas d'autres dans le royaume : mais pour que les enfans des rois soient princes, et ceux des princes gentilshommes, il faut qu'ils aient été reconnus.

Les bâtards ne peuvent pas même s'aider de la noblesse de leur mère ; et on ne peut objecter que les enfans qui ne sont pas nés en mariage légitime suivent la condition de leur mère; cela ne peut avoir lieu que quand il s'agit de fixer l'état des enfans, et décider s'ils sont libres ou esclaves, citoyens ou étrangers : mais la noblesse ne peut jamais venir que du père. Cette distinction que nous faisons est énergiquement exprimée dans cette règle du droit françois : *Le ventre affranchit et la verge anoblit.*

Jusqu'ici nous n'avons parlé que de la véritable noblesse, de la noblesse transmissible. Il ne sera pas étranger à la matière que nous traitons de remarquer qu'il y a encore parmi nous une autre noblesse qu'on nomme *personnelle*, parce qu'elle est comme inhérente à la personne. Ceux qui ont cette noblesse ne peuvent pas se dire de l'ordre de la noblesse, mais ils jouissent de tous ses priviléges. Tels sont les commensaux de la maison du roi; tels étoient les bourgeois de quelques villes du royaume, comme on peut le voir à l'égard des bourgeois de Paris dans l'édit de Charles V, du 9 août 1371.

Il faut encore distinguer les privilégiés de ceux qui ont la noblesse personnelle. Ces derniers sont en possession de presque tous les priviléges dont jouissent les véritables nobles; ils en ont même dont ceux-ci ne jouissent pas; mais les droits des privilégiés consistent uniquement dans l'exemption des tailles et quelques autres droits semblables.

ARTICLE III.

Des priviléges de la noblesse.

Après avoir vu quelles personnes sont nobles, il faut examiner quels sont les priviléges attachés à la noblesse, et les droits dont elle est en possession; mais comme ils sont en très-grand nombre, nous ne parlerons que des principaux.

1° Ils ont la préséance sur le tiers-état, mais ce droit souffre restriction; car les officiers de justice précèdent dans leur ressort les simples gentilshommes de race, parce qu'ils sont dépositaires

taires d'une partie de l'autorité royale, et ont une fonction que n'ont pas les simples gentilshommes.

2º Les nobles peuvent se qualifier d'écuyers et porter les armoiries timbrées.

3º Ils sont exempts de tailles et de plusieurs autres cotisations connues sous le nom de *taillons, de crues d'aides, et de subsides*, auxquels les roturiers sont sujets; ils ont même le droit de faire valoir quatre charrues sans pouvoir y être imposés.

4º Ils ne doivent pas le droit de franc-fief pour les fiefs qu'ils possèdent; ce droit consiste dans une finance que les roturiers paient au roi pour les relever de l'incapacité où ils sont de posséder des fiefs.

5º Ils ne sont pas sujets aux corvées personnelles; ils sont aussi exempts de faire les corvées réelles en personne, aussi bien que de la banalité de four, moulin ou pressoir.

6º Il y a plusieurs offices qui leur sont affectés; il est vrai que cela n'est pas observé à la rigueur, et qu'on admet les roturiers à plusieurs offices qui, par leur édit de création, ne pouvoient être possédés que par des nobles.

7º Il y a plusieurs églises cathédrales et plusieurs abbayes dans lesquelles les canonicats et les places monacales sont affectés à des gentilshommes. Si ces bénéfices étoient possédés par des roturiers, les nobles, qui auroient d'ailleurs toutes les qualités requises, pourroient les obtenir à titre de dévolu. Il y a même quelques-unes de ces cathédrales où il ne suffit pas d'être noble: dans quelques-unes on requiert un certain degré de noblesse; dans d'autres on exige la noblesse, tant du côté paternel que du côté maternel.

8º Les nobles de l'un et de l'autre côté sont dispensés par le concordat d'une partie du temps des études requis dans les gradués. Ce temps, qui est fixé à cinq ans pour les bacheliers roturiers en droit civil et canonique, est réduit à trois ans pour les nobles de l'un et de l'autre côté. *In quibus baccalariis juris canonici aut civilis, si ex utroque parente nobiles fuerint, triennium esse decernimus.* (Paragraphe 4, titre 6.)

La manière dont la noblesse doit être prouvée dans ce cas consiste à rapporter un certificat délivré par le juge ordinaire de la naissance, fait sur la déposition de quatre témoins en jugement.

9º Les baillis et sénéchaux doivent connoître des causes des

nobles, à l'exclusion des prévots, aux termes de l'édit de Crémieu. Il faut cependant remarquer que cet édit n'a été rendu que pour fixer la compétence des juges royaux, sans préjudicier aux juges des seigneurs, qui doivent connoître des causes des gentilshommes qui sont leurs justiciables, si ce n'est qu'ils n'en eussent pas été en possession lors de la publication de cet édit.

10° Les nobles peuvent en tout état de cause demander à être jugés en matière criminelle, toute la grand'chambre du parlement où leur procès est pendant, assemblée.

11° Les peines des roturiers et des gentilshommes sont différentes dans certains cas : dans les crimes qui méritent la mort, le roturier doit être pendu, et le noble décapité. (Loisel, règ. 18, tit. 2, liv. 4.) Mais le même auteur a observé que cette différence cesse lorsque le gentilhomme est coupable d'un crime dérogeant à la noblesse, comme trahison, larcin, parjure ou faux.

Tels sont les principaux priviléges dont jouissent les nobles généralement dans tout le royaume; mais plusieurs coutumes leur en donnent encore de particuliers : quelques-unes admettent la garde-noble au profit des ascendans; d'autres le bail au profit des collatéraux : dans les autres, il y a un ordre particulier de succession pour les nobles. Nous aurons lieu d'examiner plus en détail ces différentes prérogatives; il suffit ici de les avoir rapportées.

Si les nobles jouissent de tant de priviléges, ils sont aussi tenus de quelques charges particulières, comme de se rendre à la convocation du ban, à moins qu'ils ne possèdent un office de judicature : ils semblent aussi destinés par leur état au service militaire.

On demande si les étrangers nobles doivent jouir en France des priviléges de la noblesse, soit dans le cas où ils n'ont pas été naturalisés, soit dans le cas où ils l'ont été. On pourroit dire pour la négative que la noblesse étant une distinction que la loi a établie entre les citoyens d'un même état, les étrangers ne doivent pas jouir des priviléges qui y sont attachés. Mais les raisons de décider pour l'affirmative sont que, dans le cas où l'étranger n'a pas été naturalisé, il est censé demeurer dans le royaume avec la qualité qu'il a dans son pays. Suivant ce principe, *la qualité est inhérente aux personnes;* et dans le cas où il a été naturalisé, il est présumé avoir été

reçu en sa qualité primitive. (Loiseau, chap. 5, n. 114, des Ordres.) Mais cet auteur exige pour cela une condition qui ne nous paroît pas nécessaire, qui est que l'étranger soit noble *à la mode de France*, pour nous servir de ses termes. Nous croyons qu'il suffit qu'un étranger soit noble suivant les lois de son pays : cela résulte même des principes que nous avons établis plus haut.

ARTICLE IV.

Comment se perd la noblesse.

La noblesse se perd de différentes manières : 1° par la dégradation; et d'abord il semble que le crime seul devroit la faire perdre : aussi voyons-nous que la plupart des anciens auteurs pensoient que toute condamnation infamante emportoit nécessairement la perte de la noblesse. On regarde cependant aujourd'hui comme une jurisprudence universellement reçue que la condamnation à quelque peine que ce soit, même au dernier supplice, n'emporte pas dérogeance; et pour qu'elle ait lieu, il faut qu'elle soit prononcée expressément. Il y a certains crimes qui la méritent, comme le crime de trahison et de lèse-majesté. (Loiseau, chap. 5, n. 90.)

Mais on demande si celui qui a acquis la noblesse par sa réception en un office auquel elle étoit attachée, la perd par sa destitution, dans le cas où il l'a possédée pendant vingt ans. Loiseau soutient l'affirmative. On peut cependant dire, pour l'opinion contraire, que la noblesse étant une fois acquise, on ne la peut perdre que par un jugement exprès qui en prive. Or l'officier, après avoir possédé l'office anoblissant pendant vingt ans, devient noble de plein droit : la destitution seule ne peut donc pas suffire pour lui faire perdre sa noblesse.

Il y auroit plus de difficulté encore si l'officier, n'ayant pas exercé son office pendant vingt ans, étoit condamné à mort. Il est vrai que ceux qui meurent revêtus de leur office acquièrent la noblesse, quoiqu'ils ne l'aient pas possédée pendant vingt ans : mais étendra-t-on en faveur d'un crime un privilége qui n'est accordé qu'à la vertu?

La noblesse se perd, 2° par les actes qui y dérogent : telle est, 1° la profession des arts mécaniques. Il en est autrement des arts libéraux; et par un usage dont nous ignorons la cause, on a fait une exception en faveur de ceux qui travaillent à la verrerie. Quelques-uns même avoient avancé que la profession

des arts libéraux étoit affectée aux nobles; mais M. Lebret a réfuté ce sentiment dans son trente-huitième plaidoyer. 2° Certains offices, tels, suivant Loiseau, que ceux de procureur, de greffier, de sergent, etc. Le Dictionnaire des arrêts excepte les notaires au châtelet de Paris : il faut aussi en excepter les procureurs de la chambre des comptes. 3° Le commerce. Il faut cependant excepter la Bretagne, où le commerce ne déroge pas à la noblesse; c'est-à-dire que, dans cette province, moyennant certaines formalités que les nobles sont obligés d'observer quand ils veulent commercer, ils peuvent le faire sans perdre la noblesse, qui demeure seulement suspendue tant qu'ils commercent.

Autrefois tout commerce dérogeoit à la noblesse; mais aujourd'hui le commerce maritime ne déroge plus, suivant l'édit du mois d'août 1668. Il en faut dire de même du commerce de terre, que les nobles peuvent faire en gros, suivant l'édit de 1701.

4° L'exploitation de la ferme d'autrui; mais il n'en est pas de même de l'exploitation de sa propre ferme. Tout noble a même le droit de faire valoir par lui-même un certain nombre de charrues sans être tenu des tailles.

Si nous en croyons Loiseau, la noblesse de race n'est pas tant éteinte par les actes de dérogeance qu'elle est suspendue. Le noble de race, pour rentrer dans sa noblesse, n'a qu'à s'abstenir d'y déroger. Cet auteur va même jusqu'à avancer qu'on peut soutenir que le gentilhomme de race, et ses descendans, n'ont pas besoin de lettres de réhabilitation ; mais aujourd'hui on ne fait pas cette distinction entre les nobles de race et les nobles de concession. Les uns et les autres perdent également la noblesse par les actes dérogeans.

Mais que dire des enfans de ceux qui ont été dégradés de noblesse ou qui l'ont perdue par quelque acte dérogeant? Perdent-ils la noblesse avec leur père? Pour décider cette question il faut suivre la distinction des lois romaines.

Si les enfans sont nés avant la dégradation ou la dérogeance de leur père, ils ne perdent pas la noblesse ; car, la noblesse leur ayant été acquise en naissant, ils ne peuvent pas en être dépouillés par la faute de leur père. Il n'est pas juste que des enfans innocens participent à la peine de leur père coupable. *Nemo alieno facto prægravari debet.* On doit dire la même chose des enfans qui n'auroient pas encore été nés, mais qui auroient été conçus avant que leur père eût perdu la noblesse,

suivant la décision de la loi 7 *de Senat.* qui dérive du principe, *qui in utero est*, etc. Cela ne pourroit souffrir d'exception que dans le cas où le crime seroit si atroce, que, pour en inspirer de l'horreur, on auroit cru devoir étendre la peine jusque sur les enfans, en les privant eux-mêmes de la noblesse. A l'égard des enfans qui ne sont ni nés ni conçus avant la dégradation ou dérogeance de leur père, ils naissent roturiers.

Mais cela a-t-il lieu lors même que la noblesse que leur père a perdue est d'ancienne extraction? On pourroit alléguer en faveur des enfans la loi 7, §. 2, *de Senat.*, qui dit : *Si quis patrem et avum habuerit senatorem, et pater amiserit dignitatem ante conceptionem ejus, magis est ut avi potiùs dignitas ei prosit, quàm obsit casus patris.*

Il faut cependant dire que les enfans naissent roturiers; car la noblesse de leurs ancêtres ne leur a pu être transmise que par leur père, qui n'a pu lui-même la leur transmettre, l'ayant perdue. La loi citée ne peut s'appliquer au cas d'une noblesse transmissive : il y est question uniquement de certains honneurs ou priviléges accordés aux enfans des sénateurs jusqu'à un certain dégré, et par conséquent elle ne peut recevoir ici d'application. D'ailleurs il y a une autre loi qui décide expressément le contraire à l'égard des descendans, qu'elle appelle *eminentissimi* : elle ne leur accorde les honneurs dus à cette origine que sous cette condition, *si nulla liberos per quos privilegium ad ipsum transgreditur macula aspergat.*

ARTICLE V.

Comment se peut recouvrer la noblesse.

Celui qui a perdu la noblesse, ou ses descendans, ne peuvent la recouvrer que par un bienfait du prince. En effet, puisqu'il n'y a que le roi qui puisse donner la noblesse à ceux qui ne l'ont pas, il s'ensuit que lui seul peut la rendre à ceux qui l'ont perdue.

Cette grâce du prince est contenue dans les lettres de réhabilitation. Ces lettres s'obtiennent en grande chancellerie : elles sont du nombre de celles que l'on nomme *lettres de grâce.* Loiseau cependant les met au nombre des lettres de justice : elles ne s'accordent qu'en connoissance de cause. Enfin elles doivent être enregistrées dans les différentes cours souveraines

où nous avons vu que l'on devoit faire enregistrer les lettres d'anoblissement.

Ces lettres s'accordent avec plus ou moins de difficulté, suivant les différentes circonstances : on ne les refuse presque point lorsqu'il ne s'agit que d'une simple dérogeance, et lorsque d'ailleurs la noblesse est bien établie.

Elles sont plus difficiles à obtenir lorsque la privation de la noblesse est une suite de la condamnation qui a prononcé cette peine; mais dans ce dernier cas on reçoit toujours favorablement la prière de ceux qui demandent à être réhabilités, lorsque ce sont les enfans du coupable qui se présentent. Cela a surtout lieu lorsque la noblesse est ancienne. M. Lebret, dans son trente-septième plaidoyer, prétend que les lettres de réhabilitation ne sont pas suffisantes lorsque la dérogation a continué jusqu'au septième degré, et que, dans ce cas, il faut obtenir des lettres de noblesse.

ARTICLE VI.

Des usurpateurs de la noblesse.

La noblesse est un droit si considérable, qu'il est défendu sous des peines très-graves d'en usurper les titres et les priviléges. Ces usurpations en effet sont si contraires aux droits du roi, qu'elles diminuent, et à l'autorité des citoyens, dont elles augmentent les charges, que nos rois ont cru devoir ordonner différentes recherches contre ces usurpateurs.

SECTION III.

Des gens du tiers-état.

Nous n'avons rien de particulier à remarquer ici sur cet ordre de personnes : nous les considérerons seulement dans la suite comme regnicoles ou aubains, légitimes ou bâtards, jouissant de la vie civile ou n'en jouissant pas, et par rapport à l'âge, au sexe et aux différentes puissances qu'ils exercent ou qu'on exerce sur eux.

SECTION IV.

Des serfs.

Les serfs qui sont restés dans quelques provinces, et qu'on appelle gens de main-morte et mortaillables, sont entièrement

différens des serfs qui étoient chez les Romains. Ces esclaves, chez les Romains, n'étoient pas citoyens; ils n'avoient aucun état civil, *pro nullis habebantur;* ils étoient regardés comme des choses plutôt que comme des personnes, *ut res, non ut personæ erant in dominio heri;* c'est-à-dire qu'ils appartenoient à leurs maîtres de la même manière qu'un cheval ou tout autre meuble : et par conséquent ils ne pouvoient rien avoir en propre, et tout ce qu'ils acquéroient étoit dès l'instant acquis à leur maître, à qui ils appartenoient eux-mêmes.

Nous avons dans nos colonies de ces sortes d'esclaves, qui sont les nègres, dont il se fait un commerce considérable. Mais, dans le royaume de France, on n'en souffre aucun; et si quelque habitant de nos colonies amène en France avec lui quelqu'un de ses esclaves, il doit faire déclaration à l'amirauté qu'il ne l'amène point pour rester en France, et qu'il entend le renvoyer dans un certain temps à la colonie; faute de quoi l'esclave acquerroit de plein droit la liberté par son séjour en France (1).

Les serfs, tels qu'il y en a dans quelques provinces du royaume, comme en Nivernois, en Bourgogne, sont bien différens de ces esclaves. Ces serfs ont un état civil, sont citoyens; ils ne sont pas *in dominio* du seigneur auquel ils appartiennent, et ne sont appelés serfs qu'à cause de certains devoirs très-onéreux dont ils sont tenus envers lui.

Il y en a de trois espèces : les serfs de corps ou de poursuite, les serfs d'héritages, et les serfs de meubles. Les serfs de corps ou de poursuite, tels que ceux du Nivernois, sont ceux qui sont tellement serfs par leur naissance, qu'ils ne peuvent, en quelque endroit qu'ils aillent s'établir, se soustraire aux droits dont ils sont tenus, tels que la taille que leur seigneur a droit d'exiger, le droit qu'a leur seigneur de recueillir après leur décès tous les biens qu'ils délaisseront.

Les serfs d'héritages sont ceux qui ne le sont qu'à raison de quelque héritage qu'ils possèdent dans le territoire de leur seigneur, et qui, en conséquence, peuvent s'affranchir de toute servitude en abandonnant l'héritage.

Les serfs de meubles tiennent le milieu entre les deux espèces précédentes : ils peuvent s'affranchir de leur servitude,

(1) Voir la déclaration du roi du 9 août 1777, registrée le 27, qui défend le transport des noirs et mulâtres en France.

en quoi leur condition est meilleure que celle des serfs de corps ou de poursuite : mais ils ne le peuvent qu'en abandonnant, non-seulement tous les héritages qu'ils ont dans la seigneurie, mais même tous leurs meubles; en quoi elle est plus dure que celle des serfs d'héritages.

Cette servitude consiste dans l'obligation où ils sont de payer à leur seigneur une certaine taille par an, à certains termes; de faire un certain nombre de corvées; de ne pouvoir se marier à personne d'une autre condition sans une certaine peine, qu'on appelle la peine du formariage; et enfin de laisser à leur décès tous leurs biens à leurs seigneurs, s'ils décèdent sans hoirs qui soient en communauté avec eux, et de ne pouvoir en disposer par testament au préjudice de leur seigneur.

Les coutumes qui parlent de ces serfs sont celles de Nivernois, de Vitry, de Châlons, de Bourgogne et d'Auvergne. Il n'y en a plus dans les coutumes de Paris et d'Orléans; mais il y a encore dans les archives des chapitres de Sainte-Croix et de Saint-Aignan d'Orléans, des actes d'affranchissement des serfs des terres qu'ils possèdent en Beauce.

TITRE II.

Seconde division des personnes, en régnicoles et aubains.

SECTION PREMIÈRE.

Quelles personnes sont citoyens ou régnicoles; quelles personnes sont étrangers ou aubains.

Les citoyens, les vrais et naturels François, suivant la définition de Bacquet, sont ceux qui sont nés dans l'étendue de la domination françoise, et ceux qui sont nés dans nos colonies ou même dans les pays étrangers, comme en Turquie et en Afrique, où nous avons des établissemens pour la commodité de notre commerce.

Des enfans nés dans un pays étranger, d'un père françois qui n'a pas établi son domicile dans ce pays, ni perdu l'esprit de retour, sont aussi françois : à plus forte raison, celui qui seroit né en pleine mer de parens françois doit-il être françois.

Quid de ceux qui sont nés dans les provinces qui ont été réunies à la couronne, ou qui en ont été démembrées, ou qui,

ayant été conquises, ont été rendues par un traité de paix ? Il est certain que, lorsqu'une province est réunie à la couronne, ses habitans doivent être regardés comme françois naturels, soit qu'ils y soient nés avant ou après la réunion. Il y a même lieu de penser que les étrangers qui seroient établis dans ces provinces, et y auroient obtenu, suivant les lois qui y sont établies, les droits de citoyen, devroient après la réunion être considérés comme citoyens, ainsi que les habitans originaires de ces provinces, ou du moins comme des étrangers naturalisés en France.

Lorsqu'au contraire une province est démembrée de la couronne, lorsqu'un pays conquis est rendu par le traité de paix, les habitans changent de domination. De citoyens qu'ils étoient devenus au moment de la conquête ou depuis la conquête, s'ils sont nés avant la réunion, de citoyens qu'ils étoient par leur naissance jusqu'au temps du démembrement de la province, ils deviennent étrangers.

Ils peuvent cependant conserver la qualité et les droits de citoyens en venant s'établir dans une autre province de la domination françoise; car, comme ils ne perdroient la qualité de citoyens, qui leur étoit acquise, en continuant de demeurer dans la province démembrée ou rendue par les traités de paix, que parce qu'ils seroient passés sous une domination étrangère, et qu'ils reconnoîtroient un autre souverain, il s'ensuit que, s'ils restent toujours sous la même domination, s'ils reconnoissent le même souverain, ils continuent d'être citoyens, et demeurent dans la possession de tous les droits attachés à cette qualité.

On demande si l'on ne devroit pas considérer comme citoyens ceux qui sont nés dans un pays sur lequel nos rois ont des droits et des prétentions, lorsqu'ils viennent s'établir dans le royaume. Quelques anciens auteurs l'avoient ainsi pensé; mais il est constant aujourd'hui qu'on les regarde comme étrangers.

Il y a cependant cette seule différence entre eux et les autres aubains, que les aubains ont besoin de lettres de naturalité pour acquérir les droits de citoyens, et qu'il suffit à ceux-là d'obtenir des lettres de déclaration.

Au reste, pour que ceux qui sont nés dans les pays de la domination françoise soient réputés françois, on ne considère pas s'ils sont nés de parens françois ou de parens étrangers,

si les étrangers étoient domiciliés dans le royaume, ou s'ils n'y étoient que passagers. Toutes ces circonstances sont indifférentes dans nos usages : la seule naissance dans ce royaume donne les droits de naturalité, indépendamment de l'origine des père et mère, et de leur demeure.

Il n'en étoit pas de même chez les Romains; car on ne regardoit comme citoyens que ceux qui étoient nés de citoyens : mais ils regardoient comme citoyens, ainsi que dans notre droit françois, tous ceux qui étoient nés de citoyens, quoiqu'ils ne fussent pas nés à Rome, ni même dans l'étendue de l'empire romain : c'est ce que remarque Cujas, observ. 33. *Rectè Romanum interpretamur Româ oriundum : quâ appellatione, et in jure nostro, semper notatur origo paterna, non origo propria et natale solum.*

Pour qu'un enfant né en pays étranger soit françois, faut-il que le père et la mère soient françois, ou suffit-il que l'un des deux le soit indistinctement; ou, enfin, l'un des deux doit-il être françois plutôt que l'autre? On peut répondre à ces questions, qu'il n'est pas nécessaire que le père et la mère soient françois ou citoyens; mais pour savoir lequel des deux, ou du père ou de la mère, doit être françois ou citoyen pour que l'enfant le soit, il faut distinguer si l'enfant est né en légitime mariage, ou non : s'il est né en légitime mariage, il faut que le père soit françois pour que le fils le soit aussi : un enfant né en pays étranger d'une françoise et d'un étranger, seroit réputé étranger. C'est dans cette espèce qu'il faut entendre toutes les lois qui disent que l'enfant suit l'origine du père : toutes parlent de l'enfant né en légitime mariage. Telle est la loi 3, au code *de municip. et orig. Filios apud originem patris, non in maternâ civitate, et si ibi nati sint (simodò domiciliis non retineantur), ad honores, seu munera posse compelli.* C'est ce que nous apprend aussi Ulpien : *Qui ex duobus campanis parentibus natus est, campanus est; sed si ex patre campano, matre puteolanâ, æquè campanus est.*

Si, au contraire, l'enfant n'est pas né en légitime mariage, il faut que la mère soit françoise. Cette distinction est une suite de la règle générale, qui veut que l'enfant qui est né en légitime mariage suive la condition du père : *Cùm legitimæ nuptiæ sunt, patrem liberi sequuntur;* et que celui qui n'est pas né en légitime mariage suive la condition de la mère : *Vulgò quæsitus matrem sequitur.* L. 19, ff. *de statu hom.* Et

on ne peut nous opposer le paragraphe 5 du titre 8 des Fragmens d'Ulpien, où il est dit que l'enfant né d'un Latin et d'une Romaine étoit latin ; car cela avoit été établi par une loi particulière (la loi *Mencia*) contre la règle générale. Adrien, par un sénatusconsulte, abrogea même par la suite la loi Mencia : mais, d'ailleurs, nous n'avons aucune loi semblable parmi nous. Il faut donc recourir à la règle générale, qui veut que l'enfant qui n'est pas né en légitime mariage suive la condition de sa mère, et en conclure que l'enfant né d'une Françoise est françois.

Après avoir vu quelles sont les personnes que nous devons regarder comme françois et comme citoyens, il faut voir quelles sont celles que nous devons appeler étrangers.

On appelle étrangers ceux qui sont nés de parens étrangers, et hors des pays de la domination françoise, soit qu'ils fassent résidence continuelle dans le royaume, soit qu'ils y demeurent pour un certain temps seulement, soit qu'ils n'y soient que simples voyageurs.

Nous réunissons ici deux conditions. La première, que l'aubain soit né en pays étranger; la seconde, qu'il soit né de parens étrangers; parce que, comme nous l'avons prouvé, la seule naissance hors du royaume ne suffit pas pour rendre étranger.

Nous devons regarder comme pays étrangers tous ceux où le roi de France n'est pas reconnu. Ainsi on doit regarder comme des aubains tous ceux qui sont nés dans des pays sur lesquels nos rois ont à la vérité des droits constans et légitimes, mais où néanmoins leur autorité est méconnue. Tels sont le royaume de Naples, la république de Gènes, le duché de Milan et le comté de Flandre, dont nos rois ont été en possession quelque temps, mais qui obéissent aujourd'hui à d'autres princes. Ceux qui sont nés dans ces états sont réputés aubains, jusqu'à ce qu'ils aient obtenu des lettres de déclaration. Il en faut dire autrement de ceux qui sont nés dans une province qui appartient à un prince étranger, lorsque ce prince, pour raison de cette même province, reconnoît le roi pour son seigneur suzerain.

SECTION II.

En quoi l'état des aubains diffère-t-il de celui des citoyens?

Avant d'entrer dans l'examen des droits propres aux citoyens dont ne jouissent pas les étrangers, on verra avec plaisir quelle étoit l'ancienne condition des aubains dans le royaume.

Il paroît qu'on distinguoit alors deux sortes d'étrangers, les uns qu'on nommoit *aubains :* c'étoit ceux qui étoient nés dans les états voisins, et dont on pouvoit connoître l'origine; les autres qu'on appeloit *épaves :* c'étoit ceux qui étoient nés dans les états éloignés de la France, et dont on ignoroit la véritable patrie.

Les uns et les autres, aubains ou épaves, étoient en quelque sorte regardés comme serfs, ou du moins leur condition ne différoit pas de celle des serfs. Ils étoient contraints de payer une redevance annuelle plus ou moins forte, suivant la coutume des lieux. Ils ne pouvoient se marier à d'autres qu'à des aubains, sans le consentement du seigneur : s'ils le faisoient sans son consentement, ils étoient sujets à l'amende. Lors même qu'ils l'avoient obtenu, ils ne devoient pas moins le formariage, qui étoit la moitié ou le tiers des biens. Ils ne pouvoient tester que jusqu'à cinq sols : ils ne pouvoient avoir d'autres héritiers légitimes que leurs enfans nés dans le royaume. S'ils n'en avoient pas, le seigneur leur succédoit. (Ext. d. Reg. de la ch. des comptes.)

Si aujourd'hui la condition des aubains est moins dure, elle n'est cependant pas semblable à celle des citoyens; ils sont privés de plusieurs droits dont ceux-ci jouissent. Nous allons parcourir ces différences.

1° Les étrangers ne peuvent ni posséder un bénéfice, ni tenir un office, ni faire aucune fonction publique dans ce royaume. L'ordonnance de 1431 rend les étrangers, de quelque qualité qu'ils soient, incapables de tenir archevêchés, évêchés, abbayes, dignités, prieurés et autres bénéfices, de quelque nature qu'ils soient, en France : ils sont cependant relevés de cette incapacité s'ils obtiennent des lettres de naturalité; il n'est pas même nécessaire qu'ils se fassent naturaliser, il suffit qu'ils obtiennent des lettres de capacité.

Il y a cependant des bénéfices d'un ordre supérieur, que ceux même d'entre les étrangers qui ont été naturalisés sont encore incapables de posséder. L'ordonnance de Blois, art 4,

dit que nul étranger, quelques lettres de naturalité qu'il ait obtenues, ne peut être pourvu d'archevêchés, d'abbayes de chef-d'ordre, d'évêchés, nonobstant toute clause dérogatoire qu'il peut obtenir, à laquelle le roi ne veut pas qu'on ait aucun égard. On a regardé ces places comme si importantes dans l'ordre de la religion et dans celui du gouvernement, qu'on a cru ne devoir les confier qu'à des François originaires. Il paroît cependant aujourd'hui que la disposition de l'ordonnance n'est pas suivie dans toute son étendue. A la vérité les lettres de naturalité, dans la forme ordinaire, ne suffisent pas pour habiliter un étranger à posséder ces dignités éminentes; mais le roi y insère souvent une clause particulière pour les relever de cette incapacité, et nous avons des exemples d'étrangers qui en ont été pourvus.

Les évêques ne peuvent aussi nommer pour leurs grands-vicaires des étrangers; il faut qu'ils soient françois, soit par origine, soit par naturalisation. Des lettres de capacité ne suffiroient pas pour les habiliter à remplir ces fonctions. Nos ordonnances ne parlent pas des simples vicaires; c'est pourquoi on demande si des évêques pourroient donner des lettres de vicariat à des étrangers. Il y a lieu de penser qu'ils ne le pourroient pas, parce qu'entre les fonctions de simples vicaires, il y en a plusieurs qu'on doit regarder comme des fonctions publiques et civiles, dont on sait que tous les étrangers sont incapables dans ce royaume. Les étrangers ne peuvent aussi exercer aucun office sans lettres de capacité. Cela a lieu pour toutes sortes d'offices, de justice, de finance et de guerre : cela doit même s'observer pour les offices des seigneurs.

Les évêques ne peuvent aussi nommer pour leurs officiaux des étrangers : il en faut dire de même des autres officiers des cours ecclésiastiques.

Enfin les étrangers ne peuvent exercer aucune fonction publique, de quelque nature qu'elle soit. Ils ne doivent pas être reçus au serment d'avocat : ils ne pourroient pas être principaux ni régens dans les universités. Il faut même observer qu'on ne confère des degrés à des étrangers qu'à la charge de n'en pas faire usage dans le royaume. Par l'art. 17 de l'ordonnance de Blois, il n'est pas permis aux prélats de donner à ferme le temporel de leurs bénéfices à des étrangers qui ne seront pas naturalisés, habitués et mariés en ce royaume. Cette loi leur défend de le faire, sous peine de saisie de leur

temporel, qui doit être distribué aux pauvres du lieu. Bacquet (Tr. du Dr. d'aub. 15, n. 8) dit que cela doit aussi avoir lieu pour les fermes du domaine du roi, des aides, des gabelles, et autres fermes publiques.

Les aubains ne peuvent faire la banque dans le royaume sans une caution suffisante de 150,000 liv., reçue devant le juge des lieux et renouvelée tous les cinq ans. (Édit de 1563, art 78. Ordonnance de Blois, art. 357.)

2° L'étranger doit donner la caution *judicatum solvi*, c'est-à-dire d'acquitter les condamnations qui pourront intervenir contre lui, quoiqu'on n'exige pas une semblable caution de citoyens. L'étranger n'est cependant tenu de donner cette caution que lorsqu'il ne possède pas d'immeubles situés dans le royaume, parce qu'on n'exige cette caution que pour servir de sûreté à celui qu'il appelle en jugement, qui ne pourroit poursuivre cet étranger, qui se retireroit hors le royaume s'il venoit à être condamné. Au reste, cette caution n'est due par l'étranger que lorsqu'il est demandeur et non lorsqu'il est défendeur; parce que, s'il comparoît en jugement, ce n'est que parce qu'il y est forcé. (Arrêt du 13 février 1581.)

La caution *judicatum solvi* contracte l'obligation de payer non-seulement l'objet de la condamnation principale, mais encore tous les accessoires, c'est-à-dire les dépens faits tant en première instance qu'en cause d'appel, avec les dommages et intérêts, en cas qu'il y eût lieu d'en adjuger. Mais on demande si la caution peut être poursuivie pour le paiement de l'amende en laquelle l'étranger, appelant de la sentence rendue contre lui par le premier juge, et confirmée par le juge d'appel, a été condamné pour son fol appel. Bacquet tient la négative, et son opinion est établie sur les principes, et suivie dans l'usage. La caution ne s'oblige qu'avec le défendeur; elle ne contracte qu'avec lui : elle ne peut donc être tenue que des condamnations qui interviennent à son profit; mais l'amende prononcée contre l'appelant n'est pas à son profit, elle appartient au fisc : la caution n'en peut donc pas être tenue.

Cette caution est due *in limine litis*. Le défendeur ne peut être contraint de fournir ses défenses qu'après qu'elle a été présentée et reçue en la forme ordinaire, il peut la demander par forme d'exception; on prétend que s'il avoit défendu au fond sans exiger cette caution, il ne seroit plus recevable à l'exiger dans le cours de l'instance, à moins qu'il ne fût en état de

prouver qu'il ne connoissoit pas la qualité d'étranger dans la personne du défendeur.

Cette caution peut être exigée de l'étranger, tant en cause principale que d'appel. (Bacquet, n. 5.) Mais si en première instance il étoit défendeur, et que par appel il se fût constitué appelant ou demandeur, on ne la pourra exiger de lui.

Lorsque deux étrangers plaident ensemble, si le défendeur l'exige du demandeur, il ne peut l'y faire condamner qu'il ne l'offre respectivement de son côté.

3o Il y a cette différence entre le régnicole et l'étranger, que l'un est admis au bénéfice de cession et que l'autre ne l'est pas.

Suivant l'ordonnance de 1673, le bénéfice de cession est la faculté que la loi accorde au débiteur qui est poursuivi par ses créanciers, d'anéantir et de faire cesser leurs poursuites, en faisant une cession de tous ses biens à leur profit.

4o L'ordonnance de 1667, qui abroge la contrainte par corps en matière civile en faveur des citoyens, la laisse subsister à l'égard des étrangers, et avec raison, puisque cette contrainte rigoureuse est presque la seule voie que les créanciers puissent avoir contre les débiteurs étrangers pour les forcer au paiement, si l'on considère qu'ils n'ont pas pour l'ordinaire de biens immeubles situés dans le royaume, et qu'ils peuvent facilement en retirer tout ce qu'ils ont en meubles ou en effets mobiliers.

5o Il y a certains actes solennels où l'on ne peut prendre pour témoins que des régnicoles, et dans lesquels les étrangers ne peuvent en servir; c'est ainsi que l'ordonnance des testamens, entre les qualités qu'elle exige des témoins qui doivent assister à ces sortes d'actes, fait mention de celle de régnicoles. Il faut cependant en excepter les testamens militaires faits en pays étranger, où les étrangers peuvent être admis pour témoins, pourvu qu'ils jouissent d'une réputation sans atteinte.

6o Quoique les étrangers puissent faire toutes sortes de contrats entre-vifs; quoiqu'ils puissent, par cette voie, disposer des biens qu'ils ont en France, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, ils ne peuvent cependant disposer des biens qu'ils ont en France, soit par testament, soit par tout autre acte, à cause de mort, en faveur d'étrangers ou de régnicoles; les étrangers ne peuvent aussi rien recevoir, soit par testament, soit par quelque autre acte, à cause de mort, quoiqu'ils soient capables de donations entre-vifs. Cette différence que la loi établit entre les actes entre-vifs et les actes à cause de mort,

en permettant les uns aux étrangers, et en leur interdisant les autres, est fondée sur la nature même de ces actes.

Les actes entre-vifs sont du droit des gens; les étrangers jouissent de tout ce qui est du droit des gens; ils peuvent donc faire toutes sortes d'actes entre-vifs. La faculté de tester active et passive est au contraire du droit civil, *testamenti factio est juris civilis;* les étrangers ne jouissent pas de ce qui est du droit civil; ils ne doivent donc pas avoir cette faculté ou ce droit.

Observez que quelques personnes prétendent que les aubains ne sont capables que des actes qui sont du droit des gens, et qu'ainsi ils ne sont pas capables des actes entre-vifs, qui sont du doit civil.

L'incapacité où sont les étrangers de disposer, par un acte à cause de mort, de leurs biens, ou de recevoir par testament, a lieu, soit que l'étranger soit domicilié dans le royaume, soit qu'il n'y soit que passager; mais il faut observer que l'incapacité où est l'étranger de tester ne peut avoir lieu que pour les biens situés dans le royaume. Ainsi il faut plutôt dire que l'étranger ne peut pas tester des biens qu'il a en France, que d'assurer indéfiniment qu'il ne peut pas faire de testament; quoiqu'il soit établi en France, il peut avoir le droit de tester par la loi de son pays, et l'exercer pour les biens qui y sont situés.

Conformément à ces principes, on demande si un étranger domicilié hors du royaume, qui a une créance à exercer contre un François, pourroit léguer cette créance: il y a lieu de penser qu'il le pourroit, parce que cette créance, soit qu'elle soit mobilière ou immobilière, n'est pas censée avoir de situation; qu'on doit la regarder comme inhérente à la personne du créancier, et que l'on ne peut lui supposer d'autre situation que le domicile du créancier qui demeure hors du royaume.

Bacquet, en son traité du droit d'aubaine, propose quelques autres questions relatives à cet objet. La première consiste à savoir si deux conjoints peuvent faire un don mutuel dans les coutumes qui le permettent, lorsqu'ils sont tous deux étrangers, ou même lorsqu'il n'y en a qu'un d'eux qui le soit.

Bacquet embrasse l'affirmative, parce que, dit-il, le don mutuel est un acte entre-vifs; les étrangers peuvent faire toutes sortes d'actes entre-vifs, ils peuvent donc faire un don mutuel. Il rapporte un arrêt du 26 novembre 1551, qui l'a ainsi jugé.

Mais ne pourroit-on pas dire au contraire que le don mutuel est un acte à cause de mort, qui n'est pas permis entre étrangers? Cette question souffre beaucoup de difficulté. Le don mutuel diffère à quelques égards des donations à cause de mort, en ce que le don mutuel doit être fait par personnes en santé, qu'il est sujet à insinuation, et qu'il ne peut être révoqué que par un consentement mutuel; mais on peut opposer de l'autre côté qu'il se fait dans la vue de la mort, et ne peut avoir d'exécution qu'après le prédécès de l'un des deux conjoints : deux caractères essentiels aux donations à cause de mort.

Ceux qui pensent que les aubains ne jouissent que du droit des gens leur refusent aussi le droit de faire un don mutuel, uniquement parce qu'il est du droit civil, sans entrer dans la question de savoir si c'est un acte entre-vifs ou si c'est un acte à cause de mort.

La seconde question de Baquet consiste à savoir si un étranger pourroit faire, par un contrat de mariage, une institution d'héritier ou une donation de tous biens présens ou à venir. Il soutient l'affirmative, et établit son sentiment sur la faveur qu'ont parmi nous les contrats de mariage; mais, nonobstant cela, nous regarderions l'institution d'héritier et la donation entre-vifs, dans la partie qui contient la donation des biens à venir, comme nulles, puisque l'un et l'autre de ces actes sont des actes à cause de mort, qui sont interdits aux étrangers par les lois du royaume. Ceux qui refusent aux aubains la capacité nécessaire pour les actes entre-vifs doivent nécessairement regarder cette institution d'héritier et cette donation des biens présens et à venir, aussi comme nulles.

On nous propose enfin une troisième question beaucoup plus difficile que les deux premières; c'est de savoir si une femme étrangère peut prétendre au douaire coutumier ou préfix sur les biens de son mari qui sont situés dans le royaume. A l'égard du douaire coutumier, nous ne croyons pas qu'on puisse le lui refuser. Ce douaire a été établi par la coutume pour pourvoir à la subsistance de la femme après le décès de son mari. Ce sont en quelque sorte des alimens que la loi lui assure. La femme étrangère ne les mérite pas moins que celle qui est françoise. Quant à ce qui concerne le douaire préfix, il faut consulter les circonstances. S'il n'excède pas le douaire coutumier, ou s'il est moindre, on ne peut encore le contester

à la femme étrangère; mais s'il étoit beaucoup plus considérable que le douaire coutumier, comme s'il tendoit à faire passer à la femme la propriété des biens dont la loi ne lui accordoit que l'usufruit, on pourroit le regarder alors comme une donation à cause de mort déguisée, dont la femme étrangère ne seroit pas capable: mais si on ne lui permettoit pas de profiter de la libéralité entière de son mari, peut-être seroit-il de l'équité de substituer au douaire préfix le douaire coutumier.

On oppose à ce sentiment, dans le système de ceux qui n'accordent aux aubains que le droit des gens, qu'une femme aubaine ne peut prétendre que le douaire préfix, et non le douaire coutumier, parce que le douaire préfix est une loi de son contrat de mariage, qui doit être exécutée, et sans laquelle elle ne se seroit pas mariée : le douaire coutumier au contraire est une faveur de la loi civile, qui n'a eu en vue que les citoyens et non pas les étrangers.

7° Les étrangers ne peuvent transmettre leurs successions à leurs parens étrangers ou régnicoles, ni recueillir les leurs. Cette règle souffre cependant quelques exceptions. 1° Les aubains transmettent leurs successions à leurs enfans légitimes nés dans le royaume et qui y font leur demeure. Ces enfans nés dans le royaume communiquent même ce bénéfice à leurs frères et sœurs nés hors du royaume, lorsqu'ils y ont leur domicile.

2° Les aubains transmettent leurs successions à ceux de leurs enfans demeurant dans ce royaume qui ont obtenu des lettres de naturalité, lorsqu'ils ont fait insérer dans leurs lettres qu'ils pourront succéder à leurs père et mère étrangers.

On pourroit demander si, dans ce cas, les enfans naturalisés communiqueroient le droit qu'ils ont de succéder à leurs frères et sœurs non naturalisés, qui ne sont pas nés françois.

Il semble qu'il y ait la même raison de le décider que dans l'espèce précédente; tous les enfans ont un droit égal aux successions de leurs père et mère. La loi de la nature les appelle tous à les recueillir. Le roi peut bien opposer aux enfans la loi du royaume qui les exclut de la succession de leurs père et mère, mais les enfans ne peuvent se l'opposer entre eux. Cependant, pour que ces enfans, qui ne sont pas nés françois, qui ne sont pas naturalisés, puissent succéder concurremment avec leurs frères et sœurs, il faut qu'ils demeurent dans le royaume.

3o Les aubains qui sont propriétaires de rentes créées par le roi, à la charge qu'elles seroient exemptes du droit d'aubaine, peuvent transmettre à leurs parens la succession desdites rentes seulement.

4o Les marchands étrangers fréquentant les foires de Lyon, et qui décèdent ou en venant auxdites foires, ou en s'en retournant, ou pendant le séjour qu'ils y font, transmettent leurs successions mobilières à leurs parens.

5o Les ambassadeurs, envoyés, résidens et autres ministres étrangers, et les gens de leur suite, peuvent transmettre la succession de leurs meubles seulement.

Si on excepte ces cas particuliers, les aubains ne peuvent pas avoir d'héritiers. Leurs propres enfans, soit qu'ils soient établis dans le royaume ou non, ne peuvent même leur succéder. Les biens que les étrangers ont en France appartiennent au roi à titre d'aubaine. Nous ne traiterons pas ici de ce droit.

6o On demande si les étrangers peuvent se servir de la prescription; de celle de trente ans, de celle de dix ans entre présens, et vingt ans entre absens, de celle de cinq ans pour les rentes constituées, et autres que la loi a établies.

On répond qu'ils peuvent s'en servir, parce que la prescription a été introduite pour empêcher que le domaine des choses fût incertain, *ne in incerto dominia rerum maneant;* et que cet objet ne seroit pas rempli si la prescription n'avoit pas lieu en faveur des étrangers comme en faveur des citoyens.

D'ailleurs on peut dire que la prescription, pour acquérir ou pour libérer, est établie sur la présomption d'un titre ou d'un paiement : or cette présomption s'élève également en faveur de l'étranger que du citoyen. Enfin il y auroit une extrême injustice à permettre contre les étrangers la prescription, tandis qu'ils ne pourroient pas eux-mêmes s'en servir.

On oppose à cette décision que les aubains ne peuvent se servir de la prescription nommée *usucapion*, parce que le droit d'acquérir par cette prescription est un bénéfice de la loi civile : aussi, par les lois romaines, le droit d'usucapion étoit propre aux seuls citoyens romains, les étrangers n'en pouvoient jouir.

Il faut dire la même chose de la prescription de cinq ans pour les rentes constituées : c'est une faveur qu'elle a accordée aux débiteurs; elle n'a eu en vue que les citoyens. Quant à la prescription de trente ans, il paroît qu'on peut l'accorder à

l'aubain, car cette prescription est fondée sur la présomption que celui qui a possédé la chose pendant un temps si considérable en est effectivement propriétaire, et que, s'il n'apporte pas le titre d'acquisition que lui et ses auteurs en ont pu faire de l'ancien propriétaire, c'est que, pendant un laps de temps aussi considérable, il a pu survenir plusieurs accidens qui aient donné lieu à l'égarement de ce titre. Or cette présomption n'étant fondée que sur le laps de temps, et étant indépendante de la qualité de la personne du possesseur, elle milite à l'égard du possesseur aubain comme de tout autre : d'où il suit que l'aubain peut, comme un autre, user de la prescription qui en résulte, cette prescription n'étant pas une grâce de la loi civile accordée aux citoyens.

Par la même raison, un aubain peut opposer la prescription de trente ans à ses créanciers contre ses obligations personnelles, et toutes les autres prescriptions qui sont fondées sur une présomption de l'acquittement de l'obligation.

7° On demande si l'étranger peut exercer le retrait lignager : il ne le peut. Les arrêts l'ont ainsi jugé, parce que, pour exercer le retrait lignager, il faut être parent du vendeur du côté et ligne dont l'héritage lui étoit propre, et que l'étranger ne peut avoir aucune parenté civile.

Il en faut dire autrement du retrait féodal : l'aubain, seigneur de fief, peut l'exercer, ainsi que tous les autres droits féodaux : la raison en est que ces droits sont réels plutôt que personnels, et que les coutumes les accordant à raison de la chose, ils sont indépendans de la qualité des personnes, et il suffit à l'aubain d'être propriétaire du fief auquel ces droits sont attachés pour qu'il puisse en jouir et les exercer.

8° Lorsque nous avons une guerre avec une puissance étrangère, tous les étrangers qui sont soumis à cette puissance sont obligés de sortir du royaume dans le temps qu'on a fixé; ils doivent aussi mettre hors de leurs mains tous les biens qu'ils possèdent en France. S'ils ne font pas l'un et l'autre dans le temps qui leur est indiqué, le roi s'empare de leurs biens; ils peuvent aussi eux-mêmes être arrêtés, et alors on les oblige de payer une rançon pour obtenir leur liberté.

Cette injonction faite aux étrangers de sortir du royaume ne comprend pas les étrangers naturalisés; ils ont reconnu le roi comme leur souverain : celui-ci les a avoués comme ses sujets.

Cette soumission et cette reconnoissance de l'étranger ne permet plus de les regarder comme tels.

SECTION III.

Comment les étrangers peuvent acquérir les droits de citoyens.

Les étrangers ne peuvent acquérir le droit de citoyens françois que par les lettres de naturalité. Un étranger qui auroit demeuré pendant plusieurs années en France, qui s'y seroit marié, qui y auroit eu des enfans, ne seroit pas moins regardé comme étranger; il faut même observer que les aubains qui auroient obtenu des lettres du roi pour posséder des offices ou des bénéfices ne sont pas censés naturalisés; ces lettres n'ont d'autre effet que de les relever d'une incapacité qui les rend inhabiles à posséder un office ou un bénéfice dans ce royaume : il n'y a que les lettres de naturalité qui naturalisent les étrangers, et qui leur attribuent sans réserve les droits de citoyens. Le roi seul peut naturaliser les étrangers : cet acte est un exercice de la puissance souveraine dont il est le seul dépositaire.

Ces lettres de naturalité s'obtiennent en grande chancellerie, et elles doivent être enregistrées en la chambre des comptes : c'est le seul enregistrement essentiellement nécessaire, sans lequel les lettres ne peuvent avoir aucun effet; et l'enregistrement au parlement, au domaine, quelquefois à la cour des aides, est plutôt pour faciliter l'exécution des lettres que pour assurer leur validité.

Ces lettres s'accordent moyennant une somme proportionnée à la fortune de celui qui les obtient; quelquefois le roi en fait remise; c'est ce qui arrive lorsque le roi les accorde en récompense des services qu'un étranger a rendus à la France. Le paiement de cette finance est comme une indemnité du droit d'aubaine auquel le roi renonce par les lettres de naturalité qu'il accorde.

Les étrangers naturalisés jouissent de presque tous les droits des citoyens, si l'on excepte quelques dignités éminentes dans l'église, qu'ils ne peuvent occuper sans une permission expresse du roi. Ils sont capables de posséder toutes sortes d'offices et bénéfices; ils ne sont pas tenus de donner la caution *judicatum solvi*; ils doivent être admis au bénéfice de cession; la contrainte par corps n'a pas lieu contre eux en matière ci-

vile; ils peuvent être témoins valables dans toutes sortes d'actes, même les plus solennels. On ne peut leur refuser l'exercice du retrait lignager; ils ont la faculté de tester et de recevoir par testament, et de transmettre leurs successions et de succéder.

Il faut cependant observer que les étrangers naturalisés ne peuvent tester qu'en faveur de François ou d'étrangers naturalisés, comme ils ne peuvent aussi transmettre leurs successions qu'à ceux de leurs parens qui sont nés françois ou qui ont été naturalisés. La raison pour laquelle ils ne peuvent tester au profit d'un étranger, ni lui transmettre leurs successions, vient moins d'un défaut de capacité en eux qu'en la personne des étrangers, qui sont incapables de toutes dipositions testamentaires, de toutes successions légitimes.

L'étranger naturalisé doit avoir pour héritiers ses plus proches parens régnicoles, encore qu'il y en eût de plus proches en pays étranger. En effet, l'héritier n'est pas le plus proche parent seulement, mais le plus proche parent habile à se dire et porter héritier; l'étranger ne possède que la première de ces deux qualités, il n'y joint pas la seconde; il ne peut donc pas être regardé comme le véritable héritier; cette qualité appartient donc au plus proche parent régnicole.

On demande si la veuve de l'étranger naturalisé lui succède lorsque cet étranger n'a pas de parens régnicoles, en vertu de l'édit *unde vir et uxor*. On peut dire que lorsque le roi a accordé des lettres de naturalité à cet étranger, il n'a eu d'autre objet que de lui permettre de transmettre sa succession aux héritiers légitimes, à ceux que le vœu de la nature et de la loi du sang y appeloient pour la recueillir; mais dès qu'il ne s'en trouve pas, le droit du roi revit; il n'a prétendu favoriser que l'étranger naturalisé.

Il semble cependant que la femme a droit de succéder à cet étranger naturalisé : la femme est une héritière légitime. On ne peut tirer aucune induction de ce que le roi exclut le haut-justicier; le haut-justicier est un héritier irrégulier, il ne succède qu'aux biens *in bona vacantia;* en conséquence, il n'est tenu des dettes que jusqu'à concurrence des biens. La femme, au contraire, est une héritière régulière de son mari; elle est tenue indéfiniment des dettes.

Les lettres de naturalité ne sont cependant pas le seul moyen par lequel les étrangers puissent obtenir les droits de

régnicoles ; quelques villes du royaume ont obtenu de nos rois que tous ceux qui viendroient s'y établir seroient naturalisés : ces villes sont Lyon, Toulouse et Bordeaux. (Voyez Coquille, sur la coutume de Nivernois.)

La nécessité de peupler nos colonies a engagé nos rois à naturaliser tous les étrangers qui s'y transporteroient dans la résolution d'y former un établissement fixe et durable.

Les esclaves nègres qui sont affranchis dans nos colonies y acquièrent tous les droits de citoyens. Nos ordonnances portent que leur affranchissement leur tiendra lieu de naissance dans le pays où ils auront été affranchis.

On a aussi naturalisé les étrangers qui auroient servi pendant un certain temps dans nos armées de terre. Tout récemment, on a accordé le même privilége à ceux qui serviroient cinq ans sur mer.

Il y a quelques peuples qui jouissent des droits d'originaires françois, les uns sous la condition de venir s'établir en France, les autres même en demeurant hors du royaume. Sur quoi il faut observer que les lettres de naturalité sont censées renfermer la condition de demeurer dans le royaume, et que, pour que l'étranger puisse en profiter sans cette demeure, il faut qu'il y ait une clause qui l'en dispense. Enfin, il faut faire attention à ne pas confondre l'exemption du droit d'aubaine avec la concession des droits des originaires françois.

Les particuliers ou les peuples exempts du droit d'aubaine ne sont pas pour cela citoyens : cette concession ne leur en acquiert pas les droits. Seulement celui qui l'a obtenue est capable de disposer par testament des biens qu'il a dans le royaume, et de les transmettre à ses héritiers légitimes; mais ils ne pourroient recevoir une disposition à cause de mort qui leur seroit faite par un François, ni la succession légitime d'un régnicole. (Arrêt de 1739 contre les Genevois.)

Lorsque nos rois, par quelque traité particulier, ont accordé à une nation les droits de naturels françois, elle en doit jouir tant qu'il n'y a pas de guerre entre elle et nous; car s'il survient quelque rupture, on n'y a plus égard.

Si la paix vient à être rétablie, il faut savoir si elle est rétablie sous les mêmes conditions que dans les traités précédens, car alors le droit de naturel françois revit en faveur de cette nation. Que si le traité ne parloit pas du droit d'aubaine, et

qu'il n'eût aucune relation avec les précédens traités, il faudroit avoir recours au droit commun.

SECTION IV.

Comment les François perdent les droits de régnicoles.

Les François qui ont abandonné leur patrie sans aucun espoir de retour, perdent la qualité et les droits de citoyens. C'est pourquoi Loisel met au rang des aubains ceux qui, étant natifs du royaume, *s'en sont volontairement absentés.* (R. 48, tit. 1, l. 1.)

Mais on doit présumer toujours cet esprit de retour, à moins qu'il n'y ait quelque fait contraire qui détruise une présomption aussi bien fondée, et qui prouve une volonté certaine de s'expatrier. Tout autre fait ne peut que faire naître des soupçons qui s'évanouissent si le François revient dans le royaume, quelque long-temps qu'il ait demeuré en pays étranger : que s'il y étoit mort, le soupçon croîtroit.

Le mariage qu'il y contracteroit ne pourroit non plus que faire naître des soupçons; mais il ne seroit plus permis de douter de son dessein de s'expatrier s'il avoit établi le centre de sa fortune en pays étranger, s'il s'y étoit fait pourvoir de quelque office ou bénéfice, surtout s'il s'y étoit fait naturaliser; car on ne peut obtenir des lettres de naturalité sans se reconnoître sujet du prince à qui on les demande.

Le François sorti du royaume sans conserver l'esprit de retour, devient presque de la même condition que les étrangers.

Il y a seulement une différence entre les étrangers et les François expatriés, qui est que les François recouvrent les droits de régnicoles en revenant dans leur patrie avec dessein d'y fixer leur demeure; car nous ne pensons pas qu'ils doivent être assujettis, comme le prétendent quelques auteurs, à prendre des lettres de réhabilitation, si ce n'est peut-être dans le seul cas où ils se seroient fait naturaliser en pays étranger, pour effacer cette reconnoissance d'un autre souverain que celui de France.

Ce François qui revient en France ne recouvre les droits de régnicole que du moment de son retour : ainsi il ne peut recueillir les successions qui lui sont échues, ni les dispositions faites à son profit pendant son absence.

Quelques auteurs prétendent qu'il y a encore une différence

entre les François expatriés et l'étranger, qui est qu'ils peuvent transmettre leurs successions à leurs héritiers légitimes sans que le roi puisse s'emparer de leurs biens à titre d'aubaine. (Bacquet, chap. 40, n. 4, du Droit d'aubaine.)

L'ordonnance la plus récente contre ceux qui s'expatrient est l'ordonnance de 1669. Elle s'explique en ces termes : « Défendons à tous nos sujets de s'établir sans notre permis-» sion dans les pays étrangers par mariages, acquisition d'im-» meubles, transport de leur famille et biens, pour y prendre » établissement stable et sans retour, à peine de confiscation » de corps et de biens, et d'être réputés étrangers. »

Il faut ajouter à tout ce que nous avons dit, que les peines prononcées par cet édit ne s'encourent pas *ipso facto*, et qu'il faut qu'on ait intenté contre le sujet une accusation de désertion sur laquelle sera intervenu un jugement. Sans cela, il conserve toujours les droits de régnicole.

Les enfans nés hors de France de François expatriés ne sont privés des droits de régnicoles qu'autant qu'ils demeurent en pays étranger. S'ils viennent en France, ils recouvrent tous les droits de citoyens. C'est l'avis de Boyer, décision 13 : *Filius in Hispaniâ conceptus et natus à patre et matre gallis qui in Hispaniam perpetuæ moræ causâ migrarunt, reversus in Galliam ad domicilium originis paternæ, animo perpetuo ibi manendi sine fraude, potest et succedere, et ad retractum venire.* Cela a été ainsi jugé par arrêt vulgairement appelé l'*arrêt de Langloise*. (Bacquet, chap. 39, du Droit d'aubaine.)

Il faut néanmoins observer que ces enfans, quoique nés en pays étranger, doivent succéder à leurs père et mère qui seroient sortis du royaume sans aucun esprit de retour. En effet, puisqu'il est constant que les enfans nés en France d'un étranger lui succèdent, quoique l'étranger ne puisse pas transmettre sa succession, il en doit être de même de l'enfant établi en France qui est né en pays étranger d'un François expatrié; car il n'est pas moins françois que celui qui est né en France de parens étrangers : sa condition doit donc être la même.

Nos lois ont prononcé des peines particulières contre les religionnaires fugitifs; elles ont voulu que, lorsqu'ils reviendroient dans le royaume après qu'on leur auroit fait leur procès pour crime de désertion, ils fussent tenus de prêter un nouveau serment de fidélité entre les mains du gouverneur de

la province, et de faire profession de la religion catholique. Mais ces lois ne sont pas exécutées, et il faut avouer que la jurisprudence sur l'état des François expatriés est très-incertaine.

TITRE III.

Division des personnes par rapport à celles qui ont perdu la vie civile et celles qui l'ont recouvrée.

Nous ne distinguons pas, ainsi que les Romains, deux sortes de morts civiles : l'une qui emporte la privation de tous les avantages établis, soit par le droit civil en faveur des citoyens, soit par le droit des gens en faveur de tous les hommes libres; l'autre qui ne privoit que des premiers, sans donner atteinte aux seconds. Dans nos mœurs, nous ne connoissons que la première de ces morts civiles. Parmi nous les morts civilement perdent tous les droits qui sont soit du droit civil, soit du droit des gens.

Non-seulement ils ne peuvent point tester ni recevoir par testament, succéder ni transmettre leur succession; ils ne peuvent encore ni contracter, ni acquérir, ni posséder. Ils peuvent cependant recevoir des alimens, parce que tous ceux qui ont la vie naturelle en sont capables. Tel est l'état dans lequel Argou et Domat semblent nous les représenter.

Quoiqu'il n'y ait parmi nous qu'une vie civile qui produit les mêmes effets à l'égard de tous ceux qui l'ont encourue, on distingue cependant, si l'on considère la cause qui produit la mort civile, deux sortes de morts civilement. Les uns sont ceux qui ont encouru la mort civile par l'abdication volontaire qu'ils ont faite d'eux-mêmes des droits de la vie civile, par leur profession dans un ordre religieux. Les autres sont ceux qui ont encouru la mort civile par la condamnation à une peine dont elle est la suite nécessaire.

L'ordonnance des substitutions de 1747 distingue ces deux sortes de morts civiles : elle ne conserve ce nom, qui, dans nos mœurs, a quelque chose de flétrissant, qu'aux derniers, c'est-à-dire à ceux qui ont encouru la mort civile par quelque crime grave; et elle nomme les religieux profès incapables d'effets civils.

SECTION PREMIÈRE.

De ceux qui sont incapables d'effets civils par la profession dans un ordre religieux.

La profession religieuse consiste dans la séparation du siècle, et par conséquent renferme l'abdication volontaire de tous les droits que donne la vie civile. La profession religieuse, qui fait perdre la vie civile, se consomme par l'émission des vœux solennels.

Pour que les vœux soient solennels, il faut que cinq choses concourent.

1o Que l'ordre dans lequel ils sont faits soit approuvé dans l'église et dans l'état.

2o Qu'ils soient reçus par un supérieur qui en ait le pouvoir par les constitutions de l'ordre. Nous ne reconnoissons pas dans nos mœurs de professions tacites, quoique quelques-unes de nos coutumes en fassent mention : et il en résulte que, lorsqu'il est certain qu'un religieux n'a pas fait de vœux solennels, le seul habillement ne peut les suppléer.

3o Que celui qui les prononce ait l'âge requis. Celle de Blois avoit réduit à seize ans accomplis le temps de la profession, qui, auparavant, suivant l'ordonnance d'Orléans, ne pouvoit être qu'à l'âge de vingt-cinq ans pour les mâles, et vingt ans pour les filles. Mais, par édit du mois de mars 1768, l'âge requis a été fixé, à compter du 1er janvier 1769, à vingt-un ans accomplis pour les hommes, et à dix-huit ans aussi accomplis pour les filles. Celui ou celle qui, étant nés le soir, feroit profession le matin du dernier jour de sa vingt-unième ou dix-huitième année, feroit-il cette profession valablement? Non; car tant qu'il reste quelques momens il est vrai de dire que l'année n'est pas accomplie. On peut tirer en argument la loi 3, §. 3, *de minor. 25 annis*, qui décide qu'une personne est encore mineure de vingt-cinq ans le dernier jour de sa vingt-cinquième année, avant l'heure à laquelle elle est née, l'année devant se compter *à momento ad momentum*.

4o Il faut qu'il y ait au moins un an d'intervalle entre le jour auquel le religieux a pris l'habit de religion et celui de sa profession, suivant qu'il est porté par l'ordonnance de Blois. La même loi défend d'admettre aucune fille à profession qu'elle n'ait été examinée par l'évêque ou par un de ses grands vicaires, et que la cause leur en ait paru légitime et valable.

Nos rois ont voulu qu'il y ait des actes de vêture et de profession qui en assurent la vérité. Ils ont à cet effet ordonné qu'il y eût dans chaque monastère et maison religieuse un registre en bonne forme, relié, coté et paraphé en tous ses feuillets par le supérieur, et approuvé par un acte capitulaire inséré au commencement. (Ordonnance de 1667, tit. 20, art. 15.)

La déclaration de 1736 veut que chaque acte et registre soit double, l'un desquels doit demeurer à la communauté, et l'autre doit être porté au greffe du bailliage du lieu, pour y avoir recours.

Chaque acte de vêture ainsi que de profession doit être inscrit sur ce registre, signé de celui qui a pris l'habit ou fait profession, du supérieur et de deux témoins. (Art. 16, tit. 20, ordonnance de 1667.)

5° Il faut que la profession ait été volontaire. Tout ce qui peut lui ôter cette qualité la rend nulle : la violence, la crainte, l'erreur, le dol, peuvent donner lieu à une réclamation contre des vœux. Il faut cependant, pour que la crainte et la violence puissent annuler les vœux, qu'elles aient été capables de faire impression sur l'esprit d'un homme constant. Le dol et l'erreur doivent aussi être de nature à ne pouvoir faire regarder le consentement qui a été donné en conséquence comme valable.

Comme il est de l'intérêt public que l'état des hommes ne soit pas incertain, on a cru devoir fixer un temps dans lequel celui qui auroit fait des vœux solennels seroit obligé de réclamer contre. Ce temps est fixé à cinq ans depuis la profession ; et lorsqu'il est écoulé, le religieux n'est plus recevable à proposer ses moyens de nullité. Il en est à plus forte raison de même lorsqu'il a approuvé de nouveau volontairement ses vœux ; mais il faut observer que les cinq ans que le religieux a pu réclamer ne commencent à courir que du jour que la cause qui donne lieu à la réclamation a cessé. On doit aussi remarquer que, quoique le religieux soit obligé de réclamer dans les cinq ans, à compter du jour de sa profession, il n'est cependant pas obligé de former sa demande dans le même temps : mais il ne semble cependant pas qu'on dût lui donner plus de cinq ans pour agir après sa réclamation.

Le religieux qui prétend que ses vœux sont nuls doit s'adresser à l'official de l'évêque pour en faire prononcer la nullité. Celui-ci doit l'admettre à la preuve testimoniale ; et si les faits sont prouvés par les enquêtes, l'official doit prononcer la nul-

lité des vœux; et le religieux est censé ne l'avoir jamais été. Lorsque la profession est solennelle, lorsqu'elle est faite avec toutes les formalités requises par les canons de l'église et les lois de l'état, le religieux devient incapable de tous effets civils : l'ordre dans lequel il entre forme bien un corps dans l'état qui peut acquérir des droits, posséder des biens, et exercer les actions qui en résultent; mais les particuliers qui le composent ne sont plus censés y exister. Si même le religieux profès devient titulaire d'un bénéfice; si, en cette qualité, il a des droits à exercer, c'est plutôt le bénéfice qui est censé agir, que le religieux, qui n'en est que l'administrateur.

Comme le religieux devient, au moment de l'émission de ses vœux solennels, incapable de tous effets civils, dès cet instant sa succession est déférée à ses parens qui se trouvent en degré de lui succéder.

Par la même raison, s'il a fait un testament, son testament est confirmé par sa profession religieuse, comme il l'auroit été par sa mort naturelle.

Il ne peut aussi rien posséder en propriété, contracter, succéder à ses parens, jouir des droits de famille, assister comme témoin à un acte où les témoins sont requis pour la solennité; en un mot, faire aucune fonction publique. Il peut néanmoins être entendu comme témoin dans une enquête ou dans une information; car, comme ces actes n'ont d'autre objet que de découvrir la vérité, tous ceux de qui on la peut apprendre doivent être entendus, et par conséquent les religieux plus que les autres, puisque la profession religieuse ne les rend que plus dignes de foi, par la sainteté de l'état qu'ils ont embrassé.

Quoique les religieux ne puissent rien posséder en propre, il y a cependant plusieurs ordres dans lesquels on leur accorde différentes administrations à gérer. De là s'est formé le pécule, qu'on peut comparer à plusieurs égards à celui des esclaves. Ils peuvent contracter pour raison de leur pécule, s'obliger et obliger les autres envers eux : ils ont aussi le droit d'en disposer par quelque acte entre-vifs que ce soit; mais ils ne peuvent en disposer par testament, ni par aucun acte à cause de mort.

Mais on demande à qui il doit appartenir après leur mort. Il faut à cet égard distinguer le pécule des religieux qui devroient être dans la communauté d'avec le pécule de ceux qui ont des cures, et qui sont obligés, pour en remplir les fonctions,

de demeurer hors le cloître. Le pécule des religieux qui demeurent dans les communautés appartient aux communautés, puisqu'il est censé acquis de leurs fonds et du travail des religieux, dont elles doivent profiter. Il y a cependant quelques abbayes réformées dans lesquelles le pécule des religieux appartient à l'abbé.

Le pécule des religieux-curés provenant des épargnes qu'ils ont faites sur les revenus de leurs cures, qui sont destinés aux pauvres après qu'ils ont pris leur nécessaire, devroit appartenir aux pauvres de la paroisse. La jurisprudence du parlement de Paris est d'en accorder un tiers à la fabrique, un tiers aux pauvres, et l'autre tiers à l'abbaye : mais, au grand conseil, on adjuge le tout à l'abbaye. Il paroît qu'on n'adjuge pas le pécule des religieux apostats aux communautés qui les ont laissés vaquer sans les réclamer ; il faut dire que c'est un bien vacant qui appartient au fisc.

Ceux qui prennent le pécule d'un religieux sont obligés d'acquitter les dettes qu'il a contractées ; mais ils n'en sont jamais tenus que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'ils font. Quoique les religieux, comme nous avons dit, ne puissent faire aucune fonction civile comme religieux, rien n'empêche que, s'ils possèdent une cure, ils ne puissent faire celles qui dépendent de la qualité de curé. C'est pourquoi un religieux-curé, qui peut dresser les actes de baptême, mariages et sépultures de sa paroisse, et en délivrer des expéditions, peut, par la même raison, recevoir les testamens de ses paroissiens dans les coutumes qui donnent aux curés le pouvoir de les recevoir : mais il ne pourroit pas assister comme simple témoin à un testament, parce que cette fonction est indépendante de sa qualité.

Les religieux profès qui sont élevés à l'épiscopat sont sécularisés ; ils recouvrent, par leur promotion à cette dignité, la vie civile qu'ils avoient perdue par leurs professions ; ils deviennent capables de toutes les fonctions publiques ; ils peuvent acquérir des biens par toutes sortes d'actes ; ils ont le droit de disposer par testament de ceux qu'ils possèdent ; ils transmettent leur succession, *ab-intestat*, à leurs parens ; ils ne peuvent cependant pas leur succéder : enfin ils sont capables de posséder et d'acquérir des immeubles. Nous observerons que quelques personnes refusent aux religieux qui ont été promus à l'épiscopat le droit de tester.

Les religieux qui ont obtenu du pape une dispense de leurs vœux ne sont pas pour cela restitués à la vie civile. Toutes ces dispenses sont regardées en France comme abusives, et ceux qui les ont obtenues ne jouissent pas dans le royaume de l'état qu'ils auroient s'ils n'avoient pas été religieux.

On n'encourt la mort civile que par l'émission des vœux solennels. Il en faut conclure que les novices la conservent jusqu'à leur profession : mais s'ils ne sont pas morts civilement, ils contractent néanmoins différentes incapacités, même pendant le temps de leur noviciat.

L'ordonnance des testamens défend de les recevoir pour témoins dans ces sortes d'actes. Ils ne peuvent faire de donations entre-vifs; mais ils peuvent tester lorsqu'ils ont l'âge requis pour le faire. Il est vrai qu'ils ne peuvent faire aucune disposition au profit du monastère dans lequel ils entrent, ni d'aucun autre du même ordre.

Les vœux simples ne rendent pas incapables d'effets civils ceux qui les ont prononcés : ils ne lient point dans le for-extérieur, quoique dans le for-intérieur ils soient aussi obligatoires que les vœux solennels. On appelle vœux simples ceux qui ne sont pas faits avec les formalités prescrites pour les rendre solennels.

Nous observerons qu'il s'est élevé dans le dernier siècle plusieurs congrégations régulières. La nature des engagemens qu'on y forme varie beaucoup. On peut les distinguer en quatre classes. La première est de ceux qui font des vœux solennels, comme les théatins et les barnabites. La seconde est de ceux qui ne font que des vœux simples, comme les pères de la mission, autrement dits lazaristes. La troisième classe comprend les ci-devant jésuites, qui commençoient par faire de premiers vœux, pour s'engager après un certain temps par des vœux solennels. La quatrième renferme ceux qui ne font aucuns vœux, soit simples, soit solennels, comme les oratoriens et les sulpiciens.

Il faut observer qu'il y a aussi plusieurs communautés de filles dans lesquelles on ne fait pas de vœux ; ou bien ceux qu'on y fait ne sont que simples.

Les clercs réguliers qui font des vœux solennels sont incapables d'effets civils, comme tous les autres religieux profès. Ceux au contraire qui ne font que des vœux simples conservent la vie civile et tous les droits qui en sont une suite : ils

succèdent à leurs parens, et leurs parens leur succèdent : ils peuvent tester au profit des autres, comme on peut tester en leur faveur; en un mot, ils sont dans le même état que s'ils n'avoient fait aucuns vœux, et cela a lieu, soit qu'ils demeurent dans la communauté où ils se sont engagés, soit qu'ils en soient sortis. Les clercs réguliers qui ne font aucuns vœux jouissent à plus forte raison de tous ces droits.

Mais on a long-temps douté de la nature des premiers vœux que prononçoient les jésuites. Il ne sera pas inutile de rapporter les variations de la jurisprudence sur cette matière.

Il est constant qu'on n'a pas regardé les jésuites qui n'avoient fait que leurs premiers vœux, comme incapables d'effets civils.

Depuis leur établissement en France jusqu'au temps de leur exil, c'est-à-dire jusqu'en 1594, leur état n'étoit pas même conditionnel; il ne dépendoit pas de leur sortie : ils conservoient tous leurs droits, même pendant le temps qu'ils étoient dans la société.

Enfin, s'ils faisoient leurs derniers vœux, ils n'encouroient la mort civile que du moment qu'ils les avoient prononcés. Ricard parle de plusieurs arrêts qui les ont déclarés capables de recueillir des successions, des donations entre-vifs ou à cause de mort, même pendant le temps qu'ils étoient dans la société.

Lorsqu'ils furent rétablis en France, en 1603, l'édit de leur rétablissement les déclara, après leur premier vœu, de la même condition que tous les autres religieux, sous cette modification néanmoins, que, s'ils venoient à être congédiés ou licenciés par leur supérieur, ils pourroient rentrer dans leurs droits comme auparavant. Cette dernière disposition de l'article 5 ne passa pas au parlement lors de la vérification de l'édit. La cour ordonna qu'il seroit fait à ce sujet des remontrances au roi, par lesquelles il seroit supplié de donner une déclaration.

En conséquence de cet arrêté, la modification de l'article 5 n'a pas eu d'exécution. Plusieurs arrêts ont déclaré les jésuites qui se sont engagés par les premiers vœux, incapables de toutes successions échues ou à échoir, dans le cas même où ils avoient été licenciés par leur supérieur. Il y en a un de 1631 qui déclare le sieur Begat, qui avoit été congédié de la société des jésuites depuis l'émission de ses premiers vœux, incapable de succéder à son frère. Il y en a un autre de 1632 qui déboute

le sieur Martin, ex-jésuite, de la demande qu'il avoit formée en partage contre sa sœur.

Il paroît cependant qu'on ne les réputoit pas incapables d'effets civils à tous égards. Lebrun, dans son Traité des successions, paroît le décider. Il faut observer que la jurisprudence du parlement de Paris n'étoit pas généralement reçue. Dans quelques parlemens on suivoit la disposition de l'article 5 de l'édit de 1603 dans toute son étendue. Dans celui de Bordeaux on admettoit ceux qui avoient été licenciés dans les cinq ans, à partager ou recueillir les successions auxquelles la loi les appeloit. (Arrêt du 4 juillet 1697.)

On sentit l'inconvénient que produisoit la variété et l'incertitude de la jurisprudence sur un objet aussi important. Dès 1701 le parlement de Paris fit un nouvel arrêté par lequel il ordonna que le roi seroit supplié d'interpréter l'article 5 de l'édit de 1603. Louis XIV nomma des commissaires pour examiner la question; mais cet examen, ou ne fut pas fait, ou ne servit à rien. Ce ne fut que sur de nouvelles remontrances et un nouvel examen, que Louis XIV rendit, en 1715, une déclaration pour tout le royaume.

Suivant cette nouvelle loi, les jésuites qui avoient fait leurs premiers vœux étoient vrais religieux tant qu'ils demeuroient jésuites, et ils ne jouissoient pas plus de la vie civile que tous les autres religieux. Néanmoins, comme ils pouvoient être congédiés de la société, leur état civil étoit plutôt en suspens qu'il n'étoit perdu; car, s'ils étoient congédiés, et qu'ils retournassent au siècle, ils étoient censés, *quasi quodam jure postliminii*, n'avoir jamais perdu leur état civil; si au contraire ils restoient dans la société, ils étoient censés, par la fiction de la loi Cornélienne, l'avoir perdu dès l'instant de l'émission de leurs premiers vœux. Leur état étoit semblable en cela à l'état des captifs dans le droit romain.

De là il s'ensuivoit que le jésuite qui étoit congédié rentroit dans tous les droits qu'il avoit au moment de l'émission de ses premiers vœux; que s'il lui étoit échu quelques successions pendant qu'il étoit encore dans la société, à laquelle il eût eu droit s'il n'eût pas été jésuite, cette succession étoit censée véritablement lui être échue, et par conséquent devoit lui être restituée.

Il en faut conclure, à plus forte raison, qu'il devoit être admis à recueillir les successions qui lui échéoient après sa sortie.

Il faut cependant observer qu'aux termes de la déclaration de 1715, il ne pouvoit exiger la restitution des fruits, soit des biens qu'il avoit, soit de ceux qui lui étoient échus depuis. Il pouvoit néanmoins répéter les fruits perçus pendant les deux années de son noviciat, parce qu'au moment de l'émission de ses vœux ces fruits avoient changé de nature, et faisoient partie de ses biens.

De là il résultoit aussi que, s'il n'étoit pas congédié, les biens qu'il avoit au moment de sa profession étoient censés avoir passé aux héritiers qu'il eût eu pour lors, s'il fût décédé; que son testament devoit être censé confirmé irrévocablement dès ce même instant, comme il l'eût été par la mort naturelle; et qu'enfin les successions qui auroient dû lui appartenir s'il eût été licencié, devoient être regardées comme échues à ceux que la loi appeloit pour les recueillir, dans le cas où il n'eût pas existé.

Mais il faut observer que, pour que le jésuite pût rentrer dans les biens qu'il avoit au moment de l'émission de ses vœux, et recueillir les successions qui lui étoient échues pendant le temps qu'il avoit été jésuite, il étoit nécessaire qu'il fût sorti de la société avant trente-trois ans : s'il n'en étoit sorti qu'après sa trente-troisième année, il ne pouvoit ni rentrer dans les biens qu'il avoit au moment de ses vœux, ni se faire restituer les successions qui lui étoient échues : il étoit même incapable de toutes successions qui pouvoient lui échoir par la suite, soit directes ou collatérales.

Nous avons dit que le jésuite congédié après l'âge de trente-trois ans, ne pouvoit rentrer dans aucun des biens qu'il avoit au moment de l'émission de ses vœux, quoique la déclaration de 1715 ne parlât que des successions qui leur étoient échues; parce que la même raison milite dans l'un et dans l'autre cas, et qu'on peut dire que ce terme de trente-trois ans est comme une espèce de prescription que la loi avoit établie contre les jésuites licenciés après cet âge, qui ne leur permettoit plus de revendiquer leurs biens, ni d'exercer les droits qui leur étoient échus jusqu'au moment de leur sortie.

De ce que le jésuite qui étoit congédié après les trente-trois ans, ne pouvoit plus rentrer dans les biens qu'il avoit avant l'émission de ses vœux, ou qui lui étoient échus depuis, ni même recueillir les successions directes ou collatérales qui pouvoient lui échoir après sa sortie, il ne s'ensuivoit pas qu'il

fût privé de même de tous les autres droits qui dépendoient de l'état civil. Ce n'est pas en effet parce que cette loi les a regardés comme incapables d'effets civils qu'elle a prononcé contre eux cette incapacité, mais, comme elle le déclare elle-même, pour assurer l'état des familles, dans lesquelles on avoit pu prendre les arrangemens relatifs au juste sujet qu'on avoit de croire que le jésuite ne rentreroit pas au siècle, et qui se trouveroient dérangés s'il recouvroit le droit de succéder. D'ailleurs il suffit de considérer la nature de leurs vœux : s'ils s'engageoient à demeurer pour toujours dans la société, les supérieurs avoient le droit de les licencier. Leur engagement n'étant donc que conditionnel, il s'anéantissoit si les supérieurs les congédioient. Mais comment peut-on dire qu'un homme qui est sans engagement, sans vœux, puisse être incapable d'effets civils? On pouvoit donc regarder comme le sentiment le plus unanimement reçu, que ceux qui sortoient des jésuites après les trente-trois ans, si l'on en excepte l'incapacité où ils étoient de pouvoir succéder, devoient être regardés comme les autres citoyens; qu'ils conservoient tous les droits de famille; que, comme aînés, ils pouvoient porter les armes pleines; qu'en cette même qualité le droit de patronage leur appartenoit; qu'ils étoient capables d'exercer le retrait lignager, si ce n'est dans quelques coutumes où cette faculté est comme une suite du droit de succéder; et qu'ils avoient le pouvoir de tester et de recevoir par testament.

Il y a un arrêt qui a jugé que le sieur Colas, chanoine de Saint-Agnan d'Orléans, congédié de la société après l'âge de trente-trois ans, étoit capable d'un legs qui lui avoit été fait par le testament de l'un de ses parens.

Enfin, dans le cas où ils n'étoient pas dans les ordres sacrés, ils pouvoient contracter un mariage qui auroit eu tous les effets civils.

Nous devons cependant observer qu'il y a des personnes qui regardoient les jésuites licenciés après l'âge de trente-trois ans comme incapables de tous effets civils.

N. B. « Le roi Louis XV, par son édit du mois de novembre » 1764, a ordonné que la société et compagnie des jésuites » n'auroit plus lieu dans son royaume, et néanmoins a permis » à ceux qui avoient été membres de cette société de vivre » en particulier dans ses états, sous l'autorité spirituelle des » ordinaires des lieux, en se conformant aux lois du royaume.

» Le roi, par son édit du mois de mai 1777, leur a permis
» pareillement de vivre dans ses états comme particuliers, et
» ainsi que les autres ecclésiastiques séculiers, sous l'autorité
» des ordinaires. Par l'article 4, sa majesté déclare qu'ils
» ne pourront posséder aucuns bénéfices à charge d'âme dans
» les villes, ni y exercer les fonctions de vicaires; mais leur
» permet seulement de posséder dans lesdites villes ou ailleurs
» des bénéfices simples ou sujets à résidence; et leur permet
» par l'article 5 de posséder des cures dans les campagnes, ou
» d'y exercer les fonctions de vicaires.

» L'article 7 déclare qu'ils seront à l'avenir capables de re-
» cevoir tous legs et donations, de tester, contracter et jouir
» de tous les effets civils, ainsi que les autres sujets du roi,
» sans néanmoins que ceux qui auroient quitté la société après
» l'âge de trente-trois ans, ou qui auroient atteint l'âge de
» trente-trois ans accomplis lors de l'édit du mois de no-
» vembre 1764, puissent recueillir aucune succession.

» Enfin, par la déclaration du 7 juin 1777, sa majesté a dé-
» claré que les ecclésiastiques qui étoient ci-devant dans la so-
» ciété pourront résider hors du diocèse de leur naissance,
» lorsqu'ils en auront obtenu la permission de leur évêque, et
» qu'ils pourront posséder toutes dignités, canonicats et pré-
» bendes dans les cathédrales et collégiales, autres que celles
» qui ont charge d'âme, ou dont les fonctions sont relatives à
» l'éducation publique, qui leur sont interdites par l'édit ci-
» dessus daté, à la charge par eux de se conformer aux dispo-
» sitions desdits édit et déclaration. »

Les vœux que les chevaliers de Malte prononcent sont des vœux solennels de religion, qui les rendent incapables de tous effets civils. On leur permet cependant d'exiger de leurs père et mère, ou de ceux qui leur ont succédé, une pension, jusqu'à ce qu'ils soient pourvus d'une commanderie.

En ce qui concerne les ermites, on doit dire que ceux qui n'ont fait aucuns vœux solennels dans un ordre approuvé, ne sont point religieux, et par conséquent ne sont point morts civilement; cependant ils sont quelquefois déclarés incapables de recueillir les successions qui leur sont échues, ou qui leur écherroient par la suite, lorsqu'ils ont vécu long-temps dans cet état. Arrêt du 17 février 1633, contre Jérôme Delanoüe, rapporté par Brodeau sur Louet, lettre c. som. 8.

SECTION II.

Des morts civilement par la condamnation à une peine qui emporte mort civile.

La mort civile n'est pas parmi nous une peine particulière prononcée contre ceux qui ont commis quelque crime grave; elle est au contraire une suite d'une condamnation à une autre peine qui y donne lieu.

1° Celui qui a été condamné à la mort naturelle encourt la mort civile, lorsque la condamnation ne peut être exécutée. L'on ne doit plus en effet regarder comme existans ceux qui ont été jugés mériter le dernier supplice.

2° Celui qui a été condamné aux galères à perpétuité est réputé mort civilement; il devient même, en quelque sorte, esclave de la peine. Nous disons à perpétuité, car s'il n'y étoit condamné que pour un temps, quelque long qu'il fût, il ne pourroit y avoir lieu à la mort civile.

3° Le bannissement à perpétuité et hors du royaume emporte mort civile; mais il faut que ces deux circonstances concourent.

Le bannissement à perpétuité d'un lieu, ou du royaume pour un temps, ne donne pas lieu à la mort civile; car, la mort civile étant une image de la mort naturelle, elle doit avoir un effet perpétuel. *Nec enim quis ad certum tempus intelligitur mori.*

L'usage n'est pas de bannir les femmes du royaume : en conséquence, Argou prétend que les femmes qui auroient été bannies hors du ressort d'un parlement, devoient être censées mortes civilement; mais nous ne voyons pas quelles peuvent être les raisons de ce sentiment.

Plusieurs avoient aussi pensé qu'il n'y avoit que les cours souveraines qui pussent bannir hors du royaume; mais tous les juges royaux ont ce droit; il paroît cependant qu'on le conteste aux juges des seigneurs.

La condamnation aux galères à perpétuité, séquestrant pour toujours le condamné de la société, doit emporter mort civile.

Examinons dans quel temps la mort civile est censée encourue par les condamnés aux peines qui emportent mort civile.

Il faut distinguer si la condamnation a été rendue contra-

dictoirement ou par contumace. Au premier cas, la mort civile est encourue irrévocablement du jour que la condamnation a été prononcée par un juge souverain, soit qu'il soit juge en première instance, soit qu'il soit juge d'appel.

Quelques auteurs prétendent que, dans le cas où le juge souverain est juge d'appel, l'arrêt confirmatif devoit avoir un effet rétroactif au jour de la première sentence; mais il faut considérer qu'en matière criminelle la première sentence ne forme pas un jugement parfait; qu'on la regarde comme faisant partie de l'instruction; que cette instruction ne reçoit son complément que par le dernier interrogatoire que l'accusé subit en la cour où l'appel est porté; et qu'enfin l'on est tellement persuadé que la première sentence n'est pas un véritable jugement jusqu'alors, qu'on ne la prononce au condamné qu'après l'arrêt rendu.

Si le jugement en dernier ressort est attaqué par la voie de la requête civile, de la révision ou de la cassation; si le jugement n'est pas annulé, la mort civile est encourue du jour de l'arrêt contre lequel on s'est pourvu.

Dans le deuxième cas, où la condamnation est prononcée sans avoir entendu l'accusé, et par contumace, alors la mort civile n'est pas encourue du jour du jugement, mais seulement du jour de l'exécution. Il faut même alors distinguer si l'accusé s'est représenté, ou a été constitué prisonnier, ou s'il est décédé dans les cinq ans; ou s'il ne s'est présenté, s'il n'a été constitué prisonnier, et s'il n'est décédé qu'après les cinq ans.

Dans le cas où le condamné s'est présenté, ou est constitué prisonnier dans les cinq ans, la contumace est anéantie, de telle sorte que, si le condamné venoit à mourir, même après les cinq ans, sans avoir subi une nouvelle condamnation, on ne pourroit pas le regarder comme mort civilement. Si même il étoit condamné par jugement contradictoire à la même peine, il ne seroit toujours censé mort que du jour du dernier jugement.

Le jugement de contumace est aussi anéanti si le condamné vient à décéder dans les cinq ans. Si cependant il étoit coupable d'un crime qui ne s'éteint pas par la mort, il faudroit faire le procès à sa mémoire, comme s'il n'y avoit pas eu de jugement de contumace.

S'il décède après les cinq ans, sans s'être représenté et sans

avoir été constitué prisonnier, alors il encourt la mort civile du jour de l'exécution du jugement par contumace : ainsi son état est en suspens pendant les cinq ans.

Il faut cependant observer que la veuve du condamné, ses enfans ou ses parens, peuvent obtenir des lettres à l'effet de purger la mémoire du défunt. S'ils réussissent à faire rétracter la condamnation, il est réputé mort *integri statûs :* s'ils succombent, la sentence de contumace a tout son effet.

Mais que dira-t-on si le prisonnier ne se représente ou n'est constitué prisonnier qu'après les cinq ans? Il semble qu'il faut distinguer s'il a obtenu ou non des lettres d'ester à droit : s'il en a obtenu, l'effet de ces lettres est de le remettre au même état où il étoit avant l'expiration des cinq ans; mais s'il n'en obtient pas, la contumace ne peut être anéantie que par un jugement contradictoire; de sorte que, s'il vient à décéder avant ce jugement, il est censé mort civilement, comme s'il ne se fût pas représenté.

Mais on demande si, lorsque le condamné, soit qu'il se soit représenté dans les cinq ans ou après, vient à être condamné par le jugement contradictoire à la même peine à laquelle il avoit été condamné par le jugement de contumace; si, dis-je, il encourt la mort civile, ou du jour de l'exécution du jugement de contumace, ou du jour du jugement contradictoire. Il faut décider qu'elle n'a toujours lieu que du jour du jugement contradictoire, parce que ce jugement annule toujours celui de contumace.

Lorsque celui qui a été condamné par contumace à une peine qui emporte mort civile ne s'est pas représenté, ou n'a pas été constitué prisonnier dans les trente ans, il encourt la mort civile irrévocablement, et il ne peut plus espérer de revenir à la vie civile que par des lettres du prince qui la lui rendent. Comme après ce temps il ne peut plus subir la peine dont il a obtenu la décharge par la prescription, il n'est plus recevable à se représenter; et par une conséquence naturelle, il n'a plus de moyen de purger la contumace et d'anéantir les suites de la condamnation qui a été exécutée contre lui.

Cela ne peut avoir lieu lorsqu'il s'agit du crime de duel; car comme, suivant l'art. 35 de l'édit du mois d'août 1679, on n'en peut prescrire la peine, même par trente ans, à compter du jour de l'exécution de la sentence de contumace, le condamné peut toujours se représenter; et, par une suite né-

cessaire, il peut obtenir un jugement d'absolution qui anéantisse la contumace : de sorte qu'on ne peut jamais dire qu'il ait encouru la mort civile irrévocablement jusqu'au jour de son décès.

Quelques-uns avoient pensé que cette prescription de trente ans avoit non-seulement lieu pour la peine, mais encore pour toutes les autres suites de la condamnation. Le contraire a été jugé à la Tournelle, en 1737.

Lorsqu'une personne a encouru la mort civile par une condamnation à une peine dont elle est la suite, soit que cette condamnation soit prononcée par un jugement contradictoire, soit qu'elle le soit par contumace, elle a toujours une ressource, pour recouvrer la vie civile, dans la clémence du prince.

Si la condamnation prononce la peine de mort, il peut obtenir des lettres d'abolition et de rémission : si la condamnation n'emporte pas peine de mort, il peut obtenir des lettres de pardon. Ces lettres, lorsque elles sont entérinées, effacent jusqu'au moindre vestige de la condamnation. Non-seulement elles remettent la peine du crime, elles sont encore censées éteindre le crime.

Quelquefois il arrive que les lettres que le prince accorde ne contiennent qu'une commutation de peines : dans ce cas, le condamné ne recouvre la vie civile qu'autant que la peine en laquelle a été commuée la première n'emporte pas mort civile.

Si ceux qui ont été condamnés aux galères, ou au bannissement hors du royaume à perpétuité, obtiennent des lettres de rappel de ban ou de galères, alors ils recouvrent la vie civile; car, comme la mort civile n'est qu'une suite de la peine à laquelle ils sont sujets, dès que cette peine leur a été remise, on ne peut plus les présumer morts civilement.

Nous remarquerons que les lettres de commutation de peine, de rappel de ban et de galères, n'effacent pas la condamnation, comme les lettres d'abolition, de rémission ou de pardon, ni la réhabilitation du condamné en ses biens et bonne renommée. Ces premières ne font que changer ou remettre la peine; les autres remettent le condamné au même état que s'il ne l'avoit pas été.

Pour que les condamnations dont la mort civile est une suite puissent y donner lieu, il faut qu'elles aient été prononcées en justice réglée.

Une condamnation à mort prononcée par un conseil de guerre contre un soldat pour délit militaire, n'emporte pas la mort civile du condamné, ni la confiscation de ses biens; il meurt *integri statûs*, et il transmet sa succession à ses parens. Par la même raison, un ordre du roi qui enjoint à quelqu'un de sortir du royaume n'emporte pas la mort civile de l'exilé.

SECTION III.

Des infâmes.

L'infamie forme un état mitoyen entre ceux qui jouissent de tout leur état civil et ceux qui sont morts civilement; car l'infamie ne fait pas perdre l'état civil, mais elle y donne atteinte et le diminue; *non consumit, sed minuit.* Elle ne s'encourt parmi nous que par la condamnation à une peine dont elle est la suite. Examinons quelles sont ces peines.

1° Tous ceux qui ont été condamnés à la mort naturelle ou civile sont censés morts infâmes. Quelques-uns tiennent que le contumace décédé dans les cinq ans meurt infâme; mais ce sentiment est contraire à l'opinion commune, fondée sur l'ordonnance, que le contumace décédé dans les cinq ans meurt *integri statûs.* Le jugement de contumace est absolument anéanti, et l'accusé est réputé mort aussi innocent que s'il n'y avoit eu aucun jugement rendu contre lui; on ne peut donc dire qu'il est mort infâme, l'infamie ne pouvant s'appliquer qu'à celui qui est reconnu coupable; mais on dit, pour l'opinion contraire, que la disposition de l'ordonnance qui permet aux héritiers du contumace décédé dans les cinq ans d'appeler du jugement de contumace, seroit illusoire s'il étoit vrai que la sentence de contumace fût anéantie relativement à tous les effets qu'elle peut produire; mais cette objection se détruit, si l'on fait attention que l'appel des parens n'a d'autre effet que de faire cesser les condamnations pécuniaires, et non pas de faire déclarer le défunt innocent. Si l'on demande pourquoi les parens doivent interjeter appel pour se faire restituer contre les condamnations pécuniaires, c'est que, comme elles ont été adjugées et exécutées en vertu d'un jugement, il faut recourir à la même voie pour en obtenir la restitution; or cette voie est la voie de l'appel.

2° Ceux qui sont condamnés à une peine afflictive sont réputés infâmes; les peines afflictives sont les galères pour un temps, le fouet et la fleur-de-lis, le pilori et le carcan.

3° Les autres peines qui emportent infamie sont, le bannissement pour un temps, ou d'un lieu; l'amende honorable, le blâme, et l'amende en matière criminelle confirmée par arrêt.

L'amende honorable envers la justice est la seule qui produise l'infamie; ce n'est qu'improprement qu'on appelle de ce nom les satisfactions qu'on fait aux particuliers pour réparer l'injure qu'ils ont reçue; l'amende honorable envers la justice produit l'infamie, soit qu'elle se fasse en la chambre du conseil ou à l'audience, debout ou à genoux, nu-tête et en chemise, la corde au cou, en présence de l'exécuteur de la haute-justice.

Il ne faut pas aussi confondre l'injonction d'être plus circonspect, ou la défense de récidiver, avec le blâme; ces deux dernières prononciations n'emportent pas d'infamie; l'aumône, quoique prononcée par arrêt, n'emporte pas non plus d'infamie.

Argou, tit. des Peines, prétend que le jugement qui prononce contre un officier la privation de son office, et qui le déclare incapable de le posséder, emporte infamie; mais on tient aujourd'hui le contraire pour constant: ce jugement rend seulement celui contre lequel il a été rendu incapable de posséder d'autres offices.

L'effet de l'infamie est de rendre celui qui l'a encourue incapable de posséder aucun office ni bénéfice, et de pouvoir remplir aucune fonction publique. Cette incapacité fait que non-seulement on ne peut obtenir ni acquérir de nouveaux bénéfices ou offices, mais encore qu'on perd ceux dont on étoit pourvu : il y a cependant cette différence entre le bénéficier et l'officier, que ce dernier n'est privé que de l'exercice de son office, et qu'il en conserve la propriété.

Ceux qui sont infâmes ne peuvent ainsi être entendus en déposition, ni être témoins en matière civile dans quelque acte que ce soit, testamens ou autres; enfin ceux qui sont infâmes ne peuvent tester.

Ceux qui sont dans les liens d'un décret d'ajournement personnel, ou de prise de corps, quoiqu'ils ne soient pas regardés comme infâmes, ne jouissent cependant pas d'une réputation entière. Leur témoignage ne doit pas être reçu, ou du moins il doit être regardé comme suspect; aussi l'ordonnance regarde-t-elle comme suspects, et comme des moyens de re-

proches légitimes, ceux par lesquels les parties prouvent que les témoins ont été décrétés de prise de corps, ou d'ajournement personnel; ils sont aussi interdits de toutes fonctions publiques pendant qu'ils sont *in reatu*.

On avoit douté si le décret d'ajournement personnel, décerné contre les ecclésiastiques, les interdisoit des fonctions de leur ministère; mais l'arrêt de réglement de 1752 ne laisse plus lieu d'en douter.

Il faut observer qu'il y a cette différence entre les effets de l'infamie et les suites des décrets de prise de corps et d'ajournement personnel, que les uns sont perpétuels, ainsi que l'infamie même qui les produit, au lieu que les autres ne durent qu'autant que les décrets; dès qu'il est intervenu un jugement qui décharge l'accusé, ou qui ne prononce aucune des peines qui donnent lieu à l'infamie, il rentre absolument dans l'exercice de ses fonctions, et il y a lieu de penser qu'on ne pourroit reprocher son témoignage. La raison qui a fait joindre une espèce de note aux décrets de prise de corps ou d'ajournement personnel, est que, comme ces décrets ne se doivent décerner que lorsque l'accusation est grave, et qu'elle est accompagnée de présomption ou même de preuves considérables, ils rendent légitimement suspects ceux contre qui ils ont été lancés.

Au contraire, le décret d'assigné pour être ouï ne suppose qu'une légère accusation, de foibles indices; il n'emporte aucune interdiction contre ceux contre qui il a été décerné, et il ne peut diminuer la foi qui est due aux dépositions qu'ils font en justice. Ce décret n'est pas d'un usage fort ancien, et il n'a été introduit que pour conserver les officiers dans leurs fonctions, dont le décret d'ajournement personnel les rendoit incapables; il paroissoit en effet injuste de voir un officier interdit de toutes ses fonctions, sur la plus légère accusation qu'on formoit contre lui, ou sur de simples soupçons qui sembloient l'établir.

Il faut encore observer cette différence entre les décrets de prise de corps ou d'ajournement personnel, et le décret d'assigné pour être ouï, que, lorsqu'un accusé assigné pour être ouï est, faute de se représenter, décrété d'ajournement personnel ou même de prise de corps, les décrets de conversion n'ayant de durée que jusqu'à ce que l'accusé ait subi interrogatoire, il s'ensuit qu'il n'emporte interdiction que jusques à

ce temps. Au contraire, lorsque le décret de prise de corps ou d'ajournement personnel est originaire, l'interdiction qu'il fait encourir dure jusques à la fin du procès, à moins que, par un jugement interlocutoire, l'accusé ne soit renvoyé en état d'assigné pour être ouï.

De même que ceux qui ont perdu la vie civile peuvent la recouvrer en obtenant des lettres du prince qui la leur rendent; de même ceux qui ont encouru l'infamie par une condamnation à une peine dont elle est la suite, peuvent obtenir des lettres de réhabilation en leur bonne renommée; ces lettres remettent le condamné au même état où il étoit avant la condamnation; elles lui rendent tous les droits qu'elle lui avoit fait perdre; il devient de nouveau capable d'être pourvu d'offices ou de bénéfices; il recouvre la faculté de tester; on ne peut plus suspecter son témoignage.

Les lettres de rappel de ban et de galères n'ont pas le même effet que les lettres de réhabilitation; celui qui les a obtenues demeure toujours infâme, à moins que, par un nouveau bienfait du prince, il ne soit rétabli en sa bonne renommée.

TITRE IV.

Division des persounes en légitimes et bâtards.

On appelle *bâtards* tous ceux qui ne sont pas nés d'un mariage contracté suivant les lois du royaume.

L'enfant né d'une conjonction illégitime peut devenir légitime si les père et mère contractent par la suite ensemble un légitime mariage, pourvu néanmoins qu'il ne soit pas adultérin, c'est-à-dire, que, lors de la conjonction de laquelle il est né, ni son père ni sa mère n'aient été engagés dans un mariage avec un autre.

La légitimation par lettres du prince ne donne à l'enfant légitimé que le droit de porter le nom de son père, et ne lui donne pas les droits de famille, et par conséquent les droits de succéder ni à son père, ni à sa mère, ni à aucun autre parent.

Les bâtards jouissent de l'état civil, commun à tous les citoyens, mais ils n'ont pas les droits de famille.

Par le droit romain ils appartenoient à la famille de leur mère, mais par le droit françois ils n'appartiennent à aucune

famille, toute parenté naturelle, provenant d'une conjonction illégitime, n'étant pas considérée dans notre droit; de là il suit qu'ils n'ont droit de succéder à personne, si ce n'est à leurs enfans nés d'un légitime mariage, et qu'il n'y a que leurs enfans nés en légitime mariage qui puissent leur succéder.

Les bâtards sont incapables de recevoir des donations universelles, soit entre-vifs, soit par testament de leurs père ou mère, mais ils sont capables de recevoir d'eux des donations et legs particuliers; et à l'égard des étrangers, ils sont capables de toutes sortes de donations et legs, soit universels, soit particuliers.

Les bâtards, quoique légitimés par lettres, ne succèdent pas à la noblesse de leurs père ou mère; néanmoins les bâtards des princes, lorsqu'ils sont légitimés par lettres, sont nobles.

Les bâtards nés d'une conjonction incestueuse ou adultérine, sont d'une condition pire que les autres bâtards, en ce que 1° ils ne peuvent devenir légitimes par le mariage subséquent de leurs père et mère; 2° en ce qu'ils sont incapables de toutes donations de leurs père ou mère, même à titre particulier; on peut néanmoins leur laisser des alimens.

TITRE V.

Division des personnes tirée de l'âge et du sexe, et d'autres causes.

Le sexe fait, dans l'état civil des personnes, une différence entre elles. Celui des hommes est plus étendu.

Les fonctions civiles et offices publics étant réservés aux seuls hommes, et interdits aux femmes, les femmes ne peuvent donc faire les fonctions d'avocats, de juges; elles sont incapables de tutelle, curatelle, sauf que, par une exception au droit commun, quelques coutumes leur déférent celles de leurs enfans; elles ne peuvent être témoins dans les actes pour la solennité desquels les témoins sont requis, etc.

Le droit d'interdire aux femmes les offices publics nous est commun avec les autres peuples. Dans le droit romain, *feminæ ab omnibus civilibus officiis remotæ sunt*. L. 2, ff. *de reg. juris.* Ce droit n'est pas seulement fondé sur la foiblesse du sexe, car il y a plusieurs fonctions civiles qui ne demandent aucune capacité, telles que celles d'un témoin pour la so-

lennité d'un acte, lesquelles ne laissent pas d'être interdites aux femmes. La principale raison doit se tirer de la pudeur du sexe, qui, obligeant les femmes à vivre retirées dans leurs maisons, pour s'y appliquer uniquement à leur ménage, et ne leur permettant pas de se produire au dehors, surtout *in cœtibus virorum*, leur interdit, par une conséquence naturelle, ces fonctions civiles, qu'elles ne pourroient remplir qu'en se produisant au dehors et en se trouvant avec des hommes dans les assemblées.

L'âge établit encore une différence entre les personnes. Les mineurs de vingt-cinq ans sont sous la puissance paternelle, ou sous la puissance de leurs tuteurs; et en conséquence, ils n'ont ni la disposition ni l'administration de leurs biens, à moins qu'ils ne soient sortis de cette puissance par l'émancipation.

Les mineurs, quoique émancipés, ne peuvent aliéner les immeubles sans décret du juge : ils ne peuvent ester en justice sans l'assistance d'un curateur, si ce n'est en quelques cas particuliers. Au contraire, les majeurs de vingt-cinq ans sont usant de tous leurs droits, et ont en conséquence la libre disposition et administration de leurs biens.

Il en faut excepter les interdits, soit pour cause de démence, de prodigalité ou de quelque défaut corporel, tels que sont les sourds et muets. Ils ne sont pas usant de leurs droits, et n'ont ni la disposition ni l'administration de leurs biens; ils sont soumis à des curateurs qu'on leur crée. Il faut aussi en excepter les femmes mariées : le mariage les fait passer sous la puissance de leur mari.

L'âge est aussi considéré pour les fonctions publiques et civiles; *v. g.* il faut avoir vingt-cinq ans pour être juge, vingt ans accomplis pour être témoin dans les actes où les témoins sont nécessaires pour leur solennité.

Enfin, l'âge peut être considéré comme opérant dans ceux qui l'ont atteint une espèce de privilége; *v. g.* les septuagénaires, par l'accomplissement de cet âge, sont exempts de la plupart des charges publiques, de la contrainte par corps en matière civile; ils peuvent même se faire élargir des prisons où ils sont détenus pour dettes.

TITRE VI.

Division des personnes par rapport aux différentes puissances qu'elles ont droit d'exercer sur d'autres, ou qui s'exercent sur elles.

SECTION PREMIÈRE.

De la puissance maritale.

Les femmes, par le mariage, passent dans la famille et sous la puissance de leur mari : c'est pour cela qu'elles portent son nom. Cette puissance du mari sur la femme s'étend sur sa personne et sur ses biens (1).

SECTION II.

De la puissance paternelle.

On a mis autrefois en question si, dans le pays coutumier françois, il y avoit une puissance paternelle. Quelques auteurs ont avancé qu'il n'y en avoit point : on ne peut néanmoins douter qu'il n'y en ait une. La coutume d'Orléans en fait mention expresse dans la rubrique du tit. 9. Elle parle aussi, en l'article 158, d'émancipation, ce qui suppose une puissance paternelle : mais cette puissance, telle qu'elle a lieu dans le pays coutumier, est entièrement différente de celle que le droit romain accordoit aux pères sur leurs enfans, dont le terme et la durée étoient sans bornes, et qui étoit, *quasi quoddam jus dominii*, semblable à celle que les maîtres avoient sur leurs esclaves.

Dans nos pays coutumiers, la puissance paternelle ne consiste que dans deux choses.

1° Dans le droit que les père et mère ont de gouverner avec autorité la personne et les biens de leurs enfans, jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes et leurs biens.

(1) M. Pothier ayant donné un Traité de la puissance du mari sur la personne et les biens de sa femme, qui précède celui de la communauté, et qui contient à peu près les mêmes principes et les mêmes décisions qui se trouvent dans cette première section, nous nous contenterons d'y renvoyer.

De ce droit dérive la garde-noble et bourgeoise, dont nous parlerons dans la section suivante.

2° Dans celui qu'ils ont d'exiger de leurs enfans certains devoirs de respect et de reconnoissance.

De la première partie de la puissance paternelle, naît le droit qu'ont les père et mère de retenir leurs enfans auprès d'eux, ou de les envoyer dans tel collége ou autre endroit où ils jugent à propos de les envoyer pour leur éducation.

De là il suit qu'un enfant soumis à la puissance paternelle ne peut entrer dans aucun état, se faire novice, faire profession religieuse, contre le consentement de ses père et mère, sous la puissance desquels il est. Cela a été jugé contre les jésuites au profit de Mᵉ Airault, lieutenant-général d'Angers, par arrêt de 1587; contre les feuillans, par arrêt du 10 août 1601; contre les capucins, au profit du président Ripault, par arrêt du 24 mars 1604. Ces arrêts sont fondés en grande raison. L'état religieux n'est que de conseil évangélique; or il est évident qu'on ne peut pas pratiquer un conseil évangélique par le violement d'un précepte, tel qu'est celui de l'obéissance à ses parens, qui nous est prescrite par le quatrième commandement de Dieu. D'ailleurs, la profession religieuse, quoique bonne et utile en soi, ne convient pas néanmoins à tout le monde: tous ne sont pas appelés à cet état. Or les père et mère sont présumés être plus en état de juger si leurs enfans sont appelés ou non à cet état, que leurs enfans, qui, n'étant point encore parvenus à la maturité de l'âge, ne sont pas encore capables de juger par eux-mêmes de l'état qui leur convient. (Voyez les Capit. de Charlemagne, liv. 1, ch. 5.)

Il faut excepter de notre règle le service du roi, auquel les enfans de famille peuvent valablement s'engager contre le consentement de leurs père et mère. L'intérêt public l'emporte sur l'intérêt particulier de la puissance paternelle.

De la première partie de notre principe naît aussi le droit d'une correction modérée, qu'ont les père et mère sur leurs enfans. Ce droit de correction dans la personne du père va jusqu'à pouvoir, de sa seule autorité, faire enfermer ses enfans dans des maisons de force, quand il n'est pas remarié. Lorsqu'il est remarié il ne le peut sans ordonnance du juge, qui, pour en accorder la permission, doit s'enquérir de la justice des motifs que le père allègue pour faire enfermer ses enfans. La raison est que, quand un père est remarié, on n'a pas tant lieu

de présumer de la justice de ses motifs, arrivant assez souvent, comme dit la loi 4, ff. *de inoff. testam.*, que des pères, *novercalibus delinimentis instigationibusque corrupti, malignè contra sanguinem suum judicium inferunt.*

Les femmes ont aussi besoin de l'autorité des juges pour faire enfermer leurs enfans dans des maisons de force. La foiblesse de leur jugement, et le caractère d'emportement assez ordinaire à ce sexe, empêche qu'on ne puisse compter sur le jugement de la mère comme sur celui du père. Ce sont les distinctions qu'on trouve dans un arrêt de 1695. (Voyez le tome 5 du Journal des audiences.)

La puissance paternelle, quant à la première partie, finit non-seulement par la mort naturelle ou civile du père ou de l'enfant, mais encore par la majorité de l'enfant, par son mariage, même avant vingt-cinq ans, et par l'émancipation.

Observez que, quoique parmi nous la puissance paternelle appartienne à la mère comme au père, en quoi notre droit diffère du droit romain, qui ne l'accordoit qu'au père, néanmoins la mère ne peut exercer les droits dont nous venons de parler qu'au défaut du père, c'est-à-dire après sa mort, ou dans le cas auquel, pour sa démence ou son absence, il ne pourroit pas l'exercer. Hors ces cas, la puissance de la mère est exclue par celle du père, la mère étant elle-même sous la puissance de son mari, sans lequel elle ne peut rien faire; elle n'en peut exercer aucune sur ses enfans, si ce n'est du consentement et sous le bon plaisir de son mari.

La puissance paternelle, quant à la seconde partie, ne peut finir que par la mort naturelle du père ou de ses enfans; car des enfans ne peuvent jamais être dispensés des devoirs de reconnoissance et de respect dans lesquels elle consiste.

C'est de la puissance paternelle, considérée quant à cette seconde partie, que dérive l'obligation où sont les enfans de requérir le consentement de leurs père et mère pour se marier. Tous les enfans, quelque âge qu'ils aient, sont obligés de requérir ce consentement de leurs père et mère; mais tous ne sont pas obligés de l'obtenir. Les garçons de trente ans, les filles de vingt-cinq, peuvent, sans être sujets à aucune peine, contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère, après qu'ils ont requis leur consentement par des sommations, qu'on appelle respectueuses.

Comme il est de l'intérêt public que les enfans se marient

pour donner des citoyens à l'état, et qu'il pourroit arriver qu'il se trouvât des père et mère assez déraisonnables pour ne consentir à aucun mariage de leurs enfans, il a été nécessaire de fixer l'âge auquel les enfans pourroient se passer de ce consentement, après néanmoins qu'ils auroient satisfait au respect qu'ils doivent à leurs parens en le leur demandant.

La forme dans laquelle les enfans peuvent requérir ce consentement, est que l'enfant doit se transporter en personne dans la maison de ses père et mère, et requérir leur consentement au mariage qu'il se propose de contracter avec une telle personne : de laquelle réquisition il doit se faire donner acte par deux notaires, ou un notaire et deux témoins, qu'il doit à cet effet mener avec lui. S'il n'obtient pas le consentement à la première réquisition, il doit en faire une seconde en la même forme (1).

Après ces deux réquisitions il est à couvert de toutes peines. S'il manque à ce devoir, le mariage ne laisse pas d'être valable; mais il est sujet à la peine d'exhérédation, dont son père et sa mère peuvent le punir, si bon leur semble. (Décl. de 1639, article 27.)

Ce défaut est aussi une cause d'ingratitude, pour laquelle les père et mère peuvent révoquer les donations qu'ils auroient faites. (Édit de 1556.)

Suivant l'édit de mars de 1697, les filles majeures, quoique veuves, sont soumises à cette peine de l'exhérédation, lorsqu'elles n'ont pas requis par écrit le consentement de leurs père et mère à leur second mariage. La loi ne parlant que des filles, il semble que les hommes veufs n'y sont pas sujets.

A l'égard des garçons au-dessous de trente ans et des filles au-dessous de vingt-cinq, il ne leur suffit pas, pour être à couvert des susdites peines, d'avoir requis le consentement de leurs père et mère, il faut qu'ils l'aient obtenu; que s'ils se sont mariés contre leur gré au décès de leurs père et mère, ils sont sujets auxdites peines.

Si le garçon mineur de trente ans, mais majeur de vingt-cinq, se marie sans le gré de ses père et mère, il est à la vérité sujet à cette peine : mais il n'est sujet à aucune autre; et le mariage qu'il a contracté ne laisse pas d'être valable, et ne peut, pour raison de ce, être attaqué.

(1) L'usage est d'en faire trois.

Que si les enfans qui ont contracté mariage sans le consentement de leur père et de leur mère sont mineurs de vingt-cinq ans, leur mariage, suivant la jurisprudence, est présumé entaché du vice de séduction, et sur l'appel comme d'abus, que les père et mère dont on a méprisé le consentement peuvent interjeter de la célébration de ce mariage, les cours souveraines ont coutume de le déclarer nul et abusif.

L'édit de 1639, art. 11, prononce aussi des peines contre les mineurs de vingt-cinq ans qui se sont mariés sans le consentement de leurs père et mère. Ils sont par cet édit déclarés, eux et leurs enfans qui naîtront de ce mariage, indignes de toutes successions directes et collatérales, et de tous les avantages portés par les coutumes, même du droit de légitime.

Lorsque les père et mère approuvent dans la suite le mariage de leurs enfans contracté contre leur gré ou à leur insu, tout le vice résultant de ce défaut de consentement est dès lors purgé : dès lors les père et mère ne sont plus recevables à quereller ce mariage : dès lors l'enfant cesse d'être sujet à la peine de l'exhérédation, et à toutes les autres dont il a été parlé.

Il n'est pas nécessaire que cette approbation soit expresse : l'approbation tacite produit cet effet; comme si *v. g.* le père et la mère ont reçu chez eux leur gendre ou leur bru, etc.

Les enfans sont obligés de fournir, autant qu'il est en leur pouvoir, les alimens nécessaires à leurs père et mère qui se trouvent réduits à l'indigence.

Les père et mère ont pour cela une action en justice contre leurs enfans, lesquels doivent être condamnés à faire à leur père une pension convenable à leur condition et à ses besoins, pourvu néanmoins que les enfans aient des facultés suffisantes pour cela. C'est pourquoi le juge doit entrer en connoissance de cause.

Lorsque les enfans sont de pauvres gens qui n'ont pas le moyen de faire une pension, on les condamne à recevoir tour à tour en leurs maisons leurs père et mère, et à les nourrir à leur table.

Lorsqu'il y a plusieurs enfans riches, doivent-ils être condamnés solidairement à la pension que leur père demande pour ses alimens? Je le pense; car chaque enfant, indépendamment de ses frères et sœurs, est obligé de donner à son père ce qui lui est nécessaire pour la vie. Ce nécessaire est quelque chose d'indivisible; car on ne vit pas pour partie : *Ali-*

mentorum causa est individua. Chaque enfant doit donc solidairement les alimens à son père; et par conséquent il doit solidairement la pension qui en tient lieu. Cette décision a lieu à l'égard des enfans qui ont des facultés suffisantes pour payer le total; car autrement ils ne devroient être condamnés que jusqu'à concurrence de leurs facultés.

Si quelques-uns des enfans avoient le moyen de payer le total, et que quelques autres n'eussent le moyen que d'y contribuer pour leur portion, on devroit condamner solidairement ceux qui ont le moyen, et les autres seulement pour leur portion. On doit en décharger ceux qui n'ont pas le moyen d'y contribuer en rien; et entre ceux qui ont le moyen d'y contribuer pour quelque chose, il n'est pas nécessaire que la contribution se fasse par portions égales.

Cette obligation où sont les enfans ne se borne pas à ceux du premier degré. Les petits-enfans sont obligés à fournir des alimens à leur aïeul ou leur aïeule indigens lorsque leur père est prédécédé, ou qu'il n'est pas en état de les fournir lui-même.

SECTION III.

De la garde noble et bourgeoise (1).

SECTION IV.

De la tutelle.

La tutelle est le droit attribué à quelqu'un par une autorité publique pour gouverner la personne et les biens d'un mineur.

ARTICLE PREMIER.

Combien y a-t-il d'espèces de tutelles?

Notre droit coutumier est en cela différent du droit romain. Celui-ci admettoit trois espèces de tutelles; la testamentaire, la légitime et la dative.

La testamentaire est celle qui étoit déférée par le testament du père des pupilles. Ce droit qu'avoient les pères de donner par leur testament un tuteur à leurs enfans impubères, étoit

---

(1) M. Pothier a traité de la garde-noble et bourgeoise dans un traité particulier qui a été placé dans le troisième volume des OEuvres posthumes; c'est pourquoi il suffit de renvoyer à ce traité.

une suite de la puissance qu'ils avoient sur leur famille. Cette puissance étoit une espèce de domaine qui faisoit regarder les enfans, vis-à-vis de leur père, comme des choses à eux appartenantes et dont ils avoient le droit. Leurs enfans étoient *suæ res*, suivant les termes de leurs lois : ils exerçoient ce pouvoir, même après leur mort, sur leurs enfans, en disposant de leur tutelle et leur nommant un tuteur, de la même manière qu'ils disposoient de l'hérédité de leurs enfans, en cas qu'ils vinssent à mourir impubères, en leur nommant un héritier ; ce qui s'appeloit substitution pupillaire. Ce droit étoit renfermé dans ces termes de la loi des douze tables : *Ut quisque pater familias super pecuniâ tutelâve suæ rei legassit, ita jus esto.* Les pères n'ayant pas parmi nous une pareille puissance, le droit de tutelle testamentaire n'a pas lieu en pays coutumier.

Dans la plupart de nos coutumes il n'y a qu'une espèce de tutelle, qui est la dative, c'est-à-dire celle qui est donnée par le magistrat, sur l'avis des parens des mineurs; et de ce nombre est la coutume de Paris. Quelques coutumes ont aussi une tutelle légitime, mais différente de celle du droit romain; et de ce nombre est la coutume d'Orléans.

§. I. De la tutelle légitime.

La tutelle légitime, dont il nous reste à parler, étoit, par le droit romain, déférée *proximis agnatis.* On appeloit *agnati* ceux qui étoient parens *per virilem sexum*, ceux qui étoient du même nom, de la même famille. Par le droit des novelles, la tutelle légitime étoit aussi déférée à la mère ou à l'aïeule des pupilles, même préférablement aux agnats.

Parmi nos coutumes qui ont admis une tutelle légitime, quelques-unes ne la donnent qu'au père survivant, ou à la mère survivante; d'autres, du nombre desquelles est celle d'Orléans, l'accordent aux autres ascendans, au défaut ou refus du survivant; elle appelle cette tutelle *garde.*

Les articles 28 et 178 de la coutume d'Orléans, qui parlent de cette garde, disent qu'au défaut ou refus du survivant, elle est déférée à l'aïeul ou aïeule du côté du décédé. L'art. 26 dit en général : *Gardiens sont père et mère, aïeul ou aïeule, ou autres ascendans.* Sur quoi on demande si les ascendans du côté du survivant ne peuvent pas aussi avoir la garde ou tutelle légitime, à défaut ou refus du survivant. Il faut distinguer entre la garde prise pour la garde-noble, c'est-à-dire

pour les droits qu'ont les nobles d'avoir les meubles et l'usufruit des immeubles venus à leurs mineurs de la succession du prédécédé, et la garde prise pour tutelle légitime. La garde-noble, qui dépouille les mineurs, étant contraire à leurs intérêts, doit être restreinte; d'où il s'ensuit qu'il faut, par rapport à cette garde, avoir égard aux termes de l'art. 23, qui ne parle que de l'aïeul et aïeule du côté du prédécédé, et en conséquence ne la défère qu'à ceux-ci, et non point à ceux du côté du survivant.

A l'égard de la garde prise pour la tutelle légitime, elle doit être favorable autant que la garde-noble est défavorable, étant de l'intérêt des mineurs d'avoir un ascendant pour tuteur, qui, par les liens de la nature, doit avoir beaucoup plus d'affection pour eux que n'en auroit un collatéral. C'est pourquoi l'usage a donné cette interprétation aux articles 23 et 178, que la mention qui y est faite d'aïeul et aïeule du côté du décédé, n'est faite que pour donner à ceux-ci la préférence sur ceux du côté du survivant, lesquels, au défaut ou refus de ceux du côté du prédécédé, doivent avoir la tutelle légitime de leurs petits-enfans. Telle est l'interprétation que l'usage et la pratique de cette province ont donnée à ces articles.

On peut apporter deux raisons de cette préférence accordée aux aïeuls du côté du prédécédé. La première est que chaque ligne doit avoir son tour pour cette garde; que la coutume la déférant d'abord à celle du survivant, en la personne du survivant, c'est, après le survivant, le tour de la ligne du prédécédé. La seconde est que les biens des mineurs leur venant ordinairement de la succession du prédécédé, les ascendans de cette famille ont encore plus d'intérêt de conserver et de bien administrer ces biens, qui sont de leur famille, que n'en ont les ascendans de l'autre ligne, auxquels ces biens sont étrangers.

Entre les ascendans d'une même ligne, les mâles doivent être préférés aux femmes. (Argument de ce qui est dit *infrà* des collatéraux).

La coutume d'Orléans défère les tutelles légitimes, non-seulement aux ascendans, soit entre nobles, soit entre roturiers, mais même aux collatéraux nobles : elle la défère aussi aux femmes, en préférant néanmoins en pareil degré les mâles, et elle donne à cette tutelle légitime le nom de *bail*. Cette tutelle légitime n'est point une charge nécessaire que la coutume impose aux personnes auxquelles elle la défère, telle que l'étoit

dans le droit romain la tutelle légitime des agnats : au contraire, elle leur permet de la répudier, si bon leur semble, en faisant, dans la quinzaine, leur déclaration au greffe de la justice, qu'elles n'entendent l'accepter, et en faisant pourvoir par le juge, à leurs dépens, leurs mineurs d'un tuteur, à peine de dommages et intérêts desdits mineurs, qui consistent en ce que, faute par les ascendans à qui la garde étoit déférée d'avoir fait nommer un tuteur, ils demeurent de droit tuteurs, et sont tenus de rendre indemnes les mineurs de tout ce qu'ils auroient souffert par le défaut d'administration de leurs biens.

§. II. De la tutelle dative.

La tutelle dative est celle qui est donnée par le juge du domicile du mineur. Pour cet effet, la famille du mineur s'assemble devant le juge, qui, sur son avis, nomme un tuteur au mineur. C'est celui des ascendans à qui la tutelle légitime du mineur est déférée, et qui ne veut point l'accepter, qui est chargé de faire cette convocation. S'il n'y a point d'ascendans, ce sont les autres parens du mineur les plus proches, et habiles à lui succéder, qui sont chargés de cette poursuite, à peine d'être tenus des dommages et intérêts du mineur (art. 23 et 182, *in fine*). On convoque les affins du mineur, aussi bien que ses parens. Les *affins* sont ceux qui ont épousé une parente du mineur qui est vivante, ou dont il y a quelques enfans. Le nombre des parens et affins convoqués doit être au moins de cinq (art. 183). A défaut de parens ou affins, on appelle des voisins (art. 180). On n'est point obligé d'appeler les parens demeurans hors le baillage, à moins qu'ils ne soient les plus proches (art. 184).

Les parens convoqués doivent élire l'un d'entr'eux : on ne peut élire un parent qui n'auroit pas été convoqué. L'élection doit se faire du plus prochain parent habile à succéder au mineur, idoine, capable et suffisant (art. 183); ce qui ne signifie pas qu'il soit absolument nécessaire d'élire pour tuteur un parent du mineur qui soit le plus proche, et habile à lui succéder; car parmi les personnes habiles à succéder il peut ne s'en trouver aucun capable de la tutelle. Le sens de la coutume est seulement qu'on ne doit pas élire un parent d'un degré plus éloigné, si, parmi ceux du degré plus proche, et surtout parmi ceux habiles à succéder, il s'en trouve quelqu'un qui soit capable de la tutelle, qui soit idoine, suffisant, et n'ait

aucune excuse. La raison en est qu'il est naturel que ceux que l'émolument de la succession du mineur, en cas qu'il décède, regarde, doivent aussi supporter les charges de la tutelle, suivant cette maxime d'équité, *Quos spectat emolumentum, eos debet spectare onus.*

Un parent d'un degré plus éloigné qui est élu tuteur pendant qu'il y en a de plus proches idoines, capables, suffisans et sans excuse, est donc bien fondé à appeler de sa nomination.

La tutelle dative étant une charge publique, en ce sens qu'elle est déférée par l'autorité publique, il s'ensuit qu'il n'y a que ceux qui jouissent de l'état civil dans toute son étendue, qui en soient capables. C'est pourquoi les aubains, ceux qui sont morts civilement, les mineurs, les interdits, en sont incapables. Les femmes sont aussi incapables de la tutelle dative; car, comme il a été dit ailleurs, *ab omnibus officiis civilibus remotæ sunt*, même celles à qui la loi accorde la tutelle légitime de leurs enfans, sont incapables de cette tutelle dative; car étant, de droit commun, incapables de toutes les fonctions civiles, et la tutelle légitime de leurs enfans ne leur étant accordée que par privilége, elles ne peuvent être capables que de celle-ci, et non d'aucune autre.

A l'égard des ascendans mâles qui ont répudié la tutelle légitime qui leur a été déférée, il n'y a pas de doute qu'ils peuvent être élus et nommés à cette tutelle, et contraints de l'accepter, s'ils n'ont pas quelque excuse, comme celles dont il sera parlé ci-après.

Il ne suffit pas que le plus prochain parent soit capable, pour qu'on doive l'élire; la coutume veut qu'il soit idoine. Celui qui a la capacité civile pour être tuteur n'est pas néanmoins toujours propre à gouverner la personne et les biens du mineur. *V. g.* la rusticité ou trop grande simplicité, le infirmités habituelles, le déréglement des mœurs, empêchent qu'une personne doive être jugée idoine. La coutume veut encore que celui qu'on élira soit suffisant. Un homme sans biens, un homme qui a fait faillite, est suspect de dissiper les deniers de la tutelle, et n'est pas suffisant.

Lorsque les parens convoqués devant le juge ont élu un d'entr'eux pour la tutelle, le juge le nomme tuteur; l'élection que les parens en font sert de motif au juge; et ce n'est pas de cette élection, mais du décret du juge, rendu en conséquence, que le tuteur tient sa qualité de tuteur.

Si les parens sont partagés d'avis entre deux personnes, le juge doit nommer celui qui a le plus grand nombre de suffrages, s'il est idoine et suffisant; et en parité de suffrages, il doit choisir celui qu'il jugera lui-même être le plus idoine; et s'il n'en a pas de connoissance, il doit préférer celui nommé par ceux dont la probité, la dignité, les liens du sang avec le mineur, rendent les suffrages d'un plus grand poids.

Si celui qui est élu par les parens allègue quelque cause d'excuse qui soit trouvée juste par le juge, et qui ne soit point contestée par les parens, ils doivent incontinent en élire un autre: si les causes d'excuses sont contestées, le juge peut renvoyer sur cela à plaider.

Le tuteur qui a été nommé par le juge doit prêter serment de bien s'acquitter de sa charge de tuteur, ou appeler de sa nomination, s'il prétend y être bien fondé.

ARTICLE II.

Des causes d'excuses de tutelle.

Une des principales causes en droit est *absentia rei publicæ causâ*. Cette cause excuse de tutelle et curatelle tous ceux qui sont dans les troupes du roi, ou dans la marine; tous ceux qui sont envoyés dans les pays étrangers comme ambassadeurs, envoyés, résidens, et leurs secrétaires; tous ceux qui sont employés dans le ministère, et les principaux commis. Les officiers des cours souveraines sont aussi censés *occupati circa rem publicam*, en conséquence exempts de tutelle ou curatelle, comme de toutes autres charges publiques. Il y a plusieurs autres offices qui donnent cette exemption; mais ces officiers doivent rapporter les édits ou déclarations du roi qui la leur accordent.

Les professeurs des universités ont aussi joui de tout temps de l'exemption de tutelle ou curatelle, et de toutes autres charges publiques, y ayant été maintenus par quantité d'arrêts. La raison est que leur temps étant entièrement consacré à l'étude, pour l'instruction des étudians, ils ne doivent pas en être détournés.

L'état de cléricature en exempte aussi, parce que leur temps doit être entièrement consacré à l'étude de la religion. Les infirmités habituelles qui sont assez considérables pour empêcher de vaquer à une tutelle, sont une cause d'exemption. L'âge de

soixante-dix ans accomplis exempte aussi des tutelles, curatelles et autres charges publiques.

Le nombre de trois tutelles où il y a trois patrimoines exempte aussi d'une quatrième. L'exemption de tutelle et des autres charges publiques est aussi accordée comme un privilége à ceux qui ont cinq enfans vivans.

Les enfans mâles qui ont laissé des petits-enfans, par lesquels ils sont représentés, et ceux qui sont morts dans les armées du roi en combattant, sont réputés vivans.

Toutes les causes que nous venons de rapporter excusent des tutelles que nous n'avons point encore acceptées : *Excusant à suscipiendâ tutelâ.* Mais lorsqu'elles surviennent depuis la tutelle acceptée, donnent-elles droit au tuteur de s'en faire décharger ? *Excusant-ne à jam susceptâ ?*

Je pense qu'il faut distinguer, lorsque la cause d'excuse survenue depuis la tutelle est telle qu'elle empêche absolument de vaquer à la tutelle, comme une infirmité habituelle très-grave, comme une paralysie, la perte de la vue, etc., ou lorsque le tuteur est envoyé pour le service du roi ou du peuple, pour un long temps, hors des lieux où est l'exercice de la tutelle; de telles causes, ou autres semblables, doivent faire décharger le tuteur de la tutelle qu'il a acceptée. *Excusant à jam susceptâ tutelâ.*

Il faut décider le contraire à l'égard des causes qui excusent des tutelles et curatelles par forme de priviléges, telles que sont les exemptions accordées à certains officiers; le nombre des enfans; l'âge de soixante-dix ans, s'il n'est accompagné de quelque infirmité grave : ces causes excusent bien *à suscipiendâ tutelâ*, lorsqu'elles existoient au temps auquel elle a été déférée; mais lorsqu'elles surviennent depuis, elles ne donnent pas le droit au tuteur de se faire décharger de la tutelle.

Lorsque le tuteur, pour les causes ci-dessus, se fait décharger de la tutelle, a-t-il la répétition des frais qu'il fait pour obtenir cette décharge, et pour faire nommer un autre tuteur à sa place ? On peut dire pour la négative que le tuteur, en se faisant décharger et faisant substituer un tuteur à sa place, semble en cela *magis negotium proprium gerere quàm pupilli;* et par conséquent il en doit porter les frais. Il paroît qu'on peut encore tirer en argument l'article 23 de la coutume d'Orléans, qui veut que les ascendans qui répudient la garde légitime qui leur est déférée, fassent pourvoir, à leurs frais et

dépens, de tuteur à leurs enfans. Qu'on ne dise pas que c'est pour les punir en quelque façon de ce qu'ils répudient une charge que la piété paternelle exige d'eux ; car on doit présumer de la piété paternelle, que, lorsqu'ils la répudient, ce n'est pas par défaut de zèle et d'affection pour leurs enfans, mais parce qu'ils ne se sentent pas en état de l'administrer. D'ailleurs la coutume, en les assujettissant à ces frais, ne fait aucune distinction entre ceux qui sont en état de s'en charger et ceux qui ne le sont pas. Que si la coutume a voulu que nous n'obtinssions qu'à nos dépens la décharge d'une tutelle qui ne nous est que déférée, à plus forte raison doit-on conclure, selon son esprit, que c'est à nos dépens que nous devons obtenir la décharge de celle dont nous nous trouvons déjà revêtus.

D'un autre côté, on peut dire, pour l'affirmative, que c'est un principe qu'un tuteur doit avoir la répétition de toutes les dépenses que la tutelle l'a obligé de faire pour l'intérêt de son mineur; que les frais qu'il fait pour s'en faire décharger et substituer un autre tuteur à sa place, lorsqu'une cause survenue sans son fait l'empêche absolument de vaquer à la tutelle dont il étoit chargé, l'oblige à faire ce qu'il fait pour le bien de son mineur, qui a intérêt d'avoir un tuteur en état d'administrer la tutelle; que le tuteur, en s'en faisant substituer un qui soit en état de faire ce qu'il ne peut plus faire, *magis pupulli negotium gerit quàm suum ;* et que, par conséquent, les frais en doivent être portés par le mineur.

Lorsqu'une personne qui avoit un privilége pour s'excuser d'une tutelle à laquelle elle avoit été nommée, n'en a pas fait usage, elle n'est censée avoir renoncé à son privilége que pour cette tutelle, et elle peut en user pour d'autres qui lui seroient déférées, même après qu'elle seroit quitte de la première. C'est le sens de cette maxime de droit : *Voluntariæ tutelæ privilegiis non derogant.*

ARTICLE III.

Du pouvoir des tuteurs.

La loi donne au tuteur un pouvoir sur la personne et sur les biens du mineur qui est sous sa tutelle.

§. I. Du pouvoir sur la personne.

La puissance du tuteur sur la personne de son mineur est

semblable à la puissance paternelle, qui a lieu en pays coutumier; car un tuteur tient lieu de père à son mineur. Un tuteur a donc le droit de s'en faire obéir, et de l'obliger à lui être soumis comme un enfant doit l'être à son père. Il peut le retirer chez lui, ou l'envoyer dans des colléges ou tels autres lieux où il jugera à propos pour son éducation.

Il a droit d'exercer sur son mineur une correction modérée : il ne peut pourtant pas le faire de sa seule autorité enfermer dans une maison de force, comme le peut un père. Mais si son mineur mérite d'y être enfermé, il doit convoquer sa famille; et sur l'avis des parens, le juge rendra son ordonnance, pour autoriser le tuteur à faire enfermer son mineur.

C'est aussi en conséquence du pouvoir que le tuteur a sur la personne de son mineur, que le mineur ne peut rien aliéner, contracter, ni s'obliger, sans y être autorisé par son tuteur. Par cette même raison, les mineurs ne doivent point contracter mariage sans le consentement de leur tuteur. Les mariages qu'ils contracteroient sans ce consentement seroient présumés contractés dans des vues de séduction et de rapt, et seroient, comme tels, déclarés abusifs et nuls sur l'appel de la célébration qui en seroit interjeté.

La loi n'a pas même laissé à la discrétion du tuteur seul l'établissement par mariage des mineurs. L'ordonnance de Blois, art. 43, défend aux tuteurs de consentir au mariage de leurs mineurs, sans l'avis et consentement des plus proches parens, à peine de punition exemplaire.

§. II. Du pouvoir sur les biens.

Le pouvoir du tuteur sur les biens du mineur est tel, que tout ce qu'il fait par rapport à leur administration a la même efficacité que si tous ces biens lui appartenoient. De là cette maxime de droit : *Tutor domini loco habetur.* De là il suit que les débiteurs des mineurs paient valablement au tuteur, et que la quittance qu'il leur donne opère une parfaite libération. Il peut même recevoir le prix du rachat des rentes dues au mineur, lorsqu'elles sont rachetables; car, quoique ce rachat contienne l'aliénation d'un immeuble, comme il ne peut être empêché sous aucun prétexte, cet acte n'excède point l'administration confiée au tuteur; et par conséquent le rachat est valablement fait entre ses mains. Tout ceci a lieu quand même le tuteur ne seroit pas solvable, et même quand il ne

l'auroit pas été dans le temps qu'il a reçu, pourvu qu'il ne fût pas en faillite ouverte et connue Car le paiement est valablement fait à celui qui avoit caractère pour le recevoir, et le débiteur qui paie entre ses mains n'est pas obligé de savoir s'il est solvable ou non.

Il n'est pas nécessaire non plus, pour que le débiteur soit libéré, dans le cas de l'insolvabilité du tuteur, qu'il ait payé en vertu d'une ordonnance du juge, ainsi que l'exigeoit la constitution de Justinien, qui n'est point suivie parmi nous. Le pouvoir du tuteur sur les biens de son mineur lui donne droit d'aliéner toutes les choses mobilières de son mineur, et d'en transmettre la propriété à ceux qui les reçoivent de lui, sans qu'il soit besoin pour cela que le consentement de son mineur intervienne, le consentement du tuteur tenant lieu à cet égard de celui du mineur, suivant cette maxine : *Le fait du tuteur est celui du mineur.* Il ne peut pourtant les aliéner qu'à titre de commerce. Par exemple, il peut bien aliéner les meubles de son mineur, en les vendant; il peut aliéner les deniers de son mineur, par l'emploi qu'il en fait en acquisitions de rentes ou d'héritages : mais il ne peut aliéner à titre de donation les choses appartenantes à son mineur; car le fait du tuteur n'est le fait du mineur que dans les actes qui se font pour l'administration de ses biens, et la donation n'est point un acte d'administration.

Il faut en excepter les donations de sommes modiques, ou de choses modiques, que la bienséance oblige quelquefois de faire à ceux qui ont rendu quelque service au mineur.

Un tuteur peut aussi faire toutes sortes de contraintes, en qualité de tuteur, pour l'administration de la tutelle; et de même qu'il oblige envers son mineur ceux avec qui il contracte en cette qualité, de même aussi il engage son mineur envers eux, suivant la maxime citée : *Le fait du tuteur est le fait du mineur.*

Cette règle a lieu, pourvu que les contrats soient exempts de fraude et n'excèdent pas les bornes d'une simple administration. *V. g.* si un mineur pouvoit prouver que celui qui a pris une ferme à bail l'a prise à vil prix, moyennant un pot-de-vin que le tuteur auroit reçu, sans en faire mention dans le contrat, le mineur ne seroit point obligé d'entretenir ce bail : la fraude qu'il renferme empêche qu'il n'oblige le mineur.

Par une autre raison, le mineur ne seroit point obligé d'en-

tretenir un bail fait pour un temps plus long que celui prescrit par nos coutumes, car de tels baux excèdent les bornes de l'administration.

Le tuteur peut plaider, tant en demandant qu'en défendant, pour son mineur; et les sentences de condamnation qui interviennent contre lui en cette qualité, obligent le mineur : et pareillement les sentences qui donnent congé de ses demandes, rendent le mineur non recevable à les intenter de nouveau, et sont censées rendues contre lui.

Si le tuteur a par quelque acte acquiescé à la sentence, le mineur, suivant la règle ci-dessus, est censé y avoir acquiescé lui-même; d'où il suit qu'il ne peut plus, étant devenu majeur, interjeter appel de cette sentence, sans se faire restituer par des lettres de rescision contre cet acquiescement. Si le jugement rendu contre le tuteur est en dernier ressort, le mineur devenu majeur pourra avoir recours à la requête civile contre le jugement, s'il n'a pas été suffisamment défendu; et il est censé ne l'avoir pas été suffisamment, lorsque le jugement a été rendu contre son tuteur sans les conclusions du ministère public. Ces conclusions ne sont nécessaires que lorsqu'il s'agit de l'aliénation on de l'engagement des immeubles du mineur.

Quoique régulièrement la condamnation prononcée contre le tuteur, en sa qualité de tuteur, soit censée l'être contre le mineur, néanmoins si le tuteur a soutenu un mauvais procès sans y avoir été autorisé par la famille, il doit porter en son nom les dépens auxquels il a été condamné, et le mineur n'en doit pas être tenu.

C'est encore une suite du pouvoir du tuteur, qu'il peut accepter ou répudier pour son mineur les successions qui lui sont échues; mais le mineur est restituable contre cette acceptation ou répudiation.

Le pouvoir du tuteur ne s'étend pas jusqu'à pouvoir aliéner les immeubles de son mineur. De là il suit que si un tuteur avoit vendu et livré un immeuble de son mineur, il n'en auroit point transmis la propriété à l'acheteur; et le mineur, devenu majeur, pourroit, dans les trente ans depuis sa majorité, revendiquer cet immeuble sans avoir besoin pour cela de lettres de rescision; car on n'a besoin de ces lettres que pour revenir contre son propre fait. Un mineur a besoin de lettres contre le fait de son tuteur, parce que le fait de son tuteur est censé son propre fait : mais cette règle n'a lieu qu'à

l'égard des choses renfermées dans le pouvoir d'un tuteur, c'est-à-dire qui concernent l'administration du tuteur. Or cette vente faite par le tuteur, étant une chose qui excède les bornes du pouvoir du tuteur, n'est pas plus à cet égard le fait du mineur que ne le seroit le fait d'un étranger qui se seroit avisé de vendre cet immeuble. Le mineur n'a donc pas plus besoin de lettres pour revendiquer cet immeuble, que s'il avoit été vendu par un étranger sans caractère; et le tuteur lui-même, dans les choses qui excèdent son pouvoir, doit être regardé sans caractère.

Notre principe, que le pouvoir du tuteur ne s'étend pas à pouvoir aliéner les immeubles de son mineur, s'entend des aliénations volontaires; car les nécessaires appartiennent à l'administration de la tutelle. C'est pour cela que nous avons dit ci-dessus que le tuteur pouvoit recevoir le rachat des rentes rachetables de son mineur, quoique par là il aliène la rente due à son mineur, qui est un immeuble; car le rachat, étant forcé et contenant une aliénation nécessaire, appartient à l'administration de la tutelle.

De là il suit que, lorsque le mineur est propriétaire par indivis avec des majeurs, de quelque immeuble, soit à titre de succession, soit à tout autre titre quelconque, le tuteur de ce mineur ne peut pas provoquer à un partage définitif, ni à une licitation, les cohéritiers ou copropriétaires de son mineur; car le partage ou licitation contient une aliénation volontaire de la part de celui qui a provoqué, puisqu'il ne tenoit qu'à lui de ne le pas faire. Mais le tuteur du mineur peut être provoqué par quelqu'un des majeurs cohéritiers ou copropriétaires de son mineur; et ce partage ou licitation, faits sur la demande du majeur avec le tuteur du mineur, sera valable; car l'aliénation que contient ce partage ou licitation, est une aliénation nécessaire de la part du tuteur, qui y a été provoqué, et partant n'excède point les bornes de l'administration de la tutelle. Que si tous les cohéritiers ou les copropriétaires étoient mineurs, comme en ce cas aucun n'auroit droit de demander un partage définitif, il ne se pourroit faire entre eux qu'un partage provisionnel ou de jouissance.

Il suit aussi de notre principe, que les créanciers d'un mineur peuvent saisir réellement et faire adjuger sur le tuteur les héritages du mineur; car c'est une aliénation nécessaire.

Le tuteur menacé de cette saisie ne peut pas, de sa seule

autorité, vendre volontairement quelques héritages du mineur pour satisfaire les créanciers et éviter les frais énormes d'une saisie.

Mais si on ne peut sans cela éviter la saisie, et qu'on ne puisse pas acquitter les dettes des épargnes du mineur le tuteur doit en ce cas convoquer la famille du mineur devant le juge, de qui il obtiendra une ordonnance qui lui permettra de vendre certains héritages du mineur pour satisfaire ses créanciers. L'aliénation qui s'en fera en vertu de cette ordonnance, quoique volontaire, sera valable, et tirera sa force de l'autorité du juge, à qui la loi donne le droit de la permettre en connoissance de cause. Cette vente, pour être valable, doit se faire en justice, au plus offrant et dernier enchérisseur. Le décret qui l'a permise doit être rendu avec le mineur, car il pourroit un jour appeler de l'ordonnance du juge, et de tout ce qui a suivi.

ARTICLE IV.

Des obligations du tuteur.

Le tuteur, aussitôt qu'il a été nommé, doit promettre devant le juge qui l'a nommé, qu'il s'acquittera fidèlement de la tutelle. Il peut être assigné, à la requête du ministère public, pour rendre ce serment, et y être contraint par saisies de ses biens.

Les tuteurs légitimes ne sont point obligés à ce serment. La caution fidéjussoire, *rem pupilli salvam fore*, telle que le droit romain l'exigeoit des tuteurs, n'est point en usage dans nos coutumes.

Un tuteur doit commencer son administration par faire un inventaire devant notaire de tous les effets mobiliers du mineur, de tous les titres et enseignemens de ces biens. Cet inventaire doit contenir estimation par détail de chacun des effets mobiliers, laquelle estimation se fait par un sergent-priseur, assisté de revendeurs ou revenderesses. Après cet inventaire, le tuteur doit faire vendre publiquement les meubles dudit mineur, à l'exception de ceux nécessaires pour l'usage dudit mineur. Faute par lui de faire cette vente, il est tenu, par forme de dommages et intérêts envers son mineur, de se charger, dans le compte qu'il rendra à son mineur après la tutelle finie, de la crue ou parisis de ladite prisée, qui est le quart en sus. Par exemple, si une tenture de tapisserie, ou

d'autres effets mobiliers, ont été estimés 800 liv., le tuteur sera obligé d'ajouter à cette somme le quart en sus, ou la crue ou parisis, qui est de 200 livres, et de porter 1000 livres en compte pour cet article. Cela a été introduit pour dédommager le mineur de ce que les meubles auroient pu être vendus de plus qu'ils n'ont été estimés, si le tuteur les eût vendus publiquement, comme il auroit dû faire.

Tous les meubles ne sont pas sujets à cette crue ou parisis faute d'avoir été vendus. Il faut en excepter ceux qui ont une valeur certaine et connue, comme l'argenterie, la vaisselle d'étain, de la toile, des étoffes en pièces, le blé, l'avoine, le vin, le foin, les bestiaux et tous autres semblables.

Les meubles sujets à cette crue ou parisis faute d'avoir été vendus, sont les meubles meublans, comme les chaises, tapisseries, tables, miroirs, bibliothèques, tableaux, estampes, linges, habits, etc.

Lorsque les mineurs sont pauvres, quelquefois, pour éviter les frais de contrôle d'un inventaire, le tuteur engage quelque créancier à faire une saisie générale de tous les meubles du mineur : cette saisie est employée par le tuteur pour inventaire. La vente qui se fait à la requête du saisissant tient aussi lieu de celle qui auroit dû se faire à la requête du mineur par le tuteur.

Le tuteur doit faire payer ce qui est dû au mineur, et faire pour cela toutes les poursuites et diligences convenables contre les débiteurs dans l'espace d'un temps modique. Faute de les avoir faites, il est responsable envers son mineur de l'insolvabilité des débiteurs qui est survenue depuis; et en conséquence il doit compte à son mineur des sommes qui lui étoient dues par les débiteurs, comme s'il les avoit reçues.

Si le tuteur soutient que le débiteur étoit insolvable dès le commencement de la tutelle, ou quoique ce soit dès auparavant qu'il pût le poursuivre, c'est à lui à le justifier; et s'il le justifie, il doit être déchargé.

Le tuteur doit faire emploi des deniers de son mineur, tant de ceux qui proviennent de la vente de ses meubles que de ceux qu'il a reçus de ses débiteurs.

C'étoit autrefois l'usage au châtelet d'Orléans, de faire crier les deniers des mineurs devant le juge au siége des baux et adjudications, et de les adjuger à l'enchère à celui qui en offroit l'intérêt le plus avantageux, à la charge de donner caution, de

payer les intérêts par chacun an, et de rendre le capital lors de la majorité du mineur. Mais, par un arrêt de réglement du 7 septembre 1726, ces baux à intérêts, qui étoient manifestement usuraires, ont été proscrits; et il a été fait défenses au prévôt d'Orléans de donner les deniers des pupilles à intérêts sans aliénation du principal, et à un intérêt plus fort que l'ordonnance, et sans laisser aux débiteurs la faculté de rembourser toutes fois et quand bon leur sembleroit.

On a adjugé encore assez souvent les deniers pupillaires au châtelet d'Orléans, en observant ces trois conditions : mais cet usage est fort désavantageux aux pupilles, parce qu'il ne se présente ordinairement, pour s'en rendre adjudicataires, que des gens mal à leur aise, qui se font adjuger ces deniers sous le nom d'un va-nu-pieds, dont ils se rendent caution, et produisent pour justification de leur solvabilité les titres de quelques immeubles qu'ils possèdent, mais ne font pas connoître leurs dettes, qui souvent se trouvent égaler ou excéder leurs immeubles.

C'est pourquoi il est plus avantageux pour les mineurs que leur tuteur se donne lui-même le soin de chercher un emploi, soit en acquisition d'immeubles, soit en constitution de rentes sur des communautés, ou sur des particuliers dont la solvabilité soit connue; et lorsqu'il aura trouvé cet emploi, il peut, sur l'avis des parens convoqués à cet effet devant le juge, se faire autoriser par une ordonnance à le faire.

Faute par le tuteur d'avoir fait cet emploi des deniers du mineur, tant de ceux qu'il a entre ses mains que de ceux qu'il a dû avoir et qu'il a dû exiger, il est tenu envers son mineur des intérêts de ces deniers qui courent sur lui.

Lorsqu'un mineur a un revenu considérable, le tuteur doit mettre en réserve ce qui reste dudit revenu, après avoir pris ce qui est nécessaire pour les alimens, l'éducation et l'entretien des biens de son mineur; et lorsque cet excédant du revenu forme une somme assez considérable, il doit en faire un emploi; faute de quoi les intérêts de cette somme courent sur lui. On estime que cette somme doit être au moins de cent pistoles, pour qu'il soit tenu d'en faire emploi, et il n'est pas tenu d'en trouver pour une somme moindre.

Le tuteur doit avoir soin d'entretenir en bon état les héritages du mineur, et doit faire à cet égard tout ce que feroit un bon père de famille.

Si, lors de l'ouverture de la tutelle, il y a de grosses réparations à faire, ou qu'il en survienne depuis, pour lesquelles le revenu du mineur ne soit pas suffisant, le tuteur qui n'a d'ailleurs aucuns deniers du mineur entre les mains peut se faire autoriser par le juge, sur un avis de parens, à prendre de l'argent à constitution, au nom du mineur, pour les faire. A l'égard des réparations de simple entretien, elles doivent se prendre sur les revenus.

Le tuteur doit plutôt affermer les héritages du mineur que de les exploiter par lui-même : le compte de l'exploitation qu'il feroit par lui-même seroit d'une trop longue discussion. Régulièrement les baux doivent s'en faire en justice, après des proclamations au plus offrant et dernier enchérisseur. Néanmoins, comme ces baux entraînent des frais assez considérables, on approuve ceux faits par le tuteur de sa seule aurité, lorsqu'ils ne sont point suspects, c'est-à-dire, faits sur le même pied ou à une meilleure condition que les anciens.

Enfin, le tuteur doit faire tout ce qui est nécessaire pour la conservation des droits et intérêts de son mineur, à peine d'en répondre; comme d'interrompre les prescriptions pour la conservation des hypothèques et autres droits de son mineur.

Il doit aussi former en justice les demandes qu'il est de l'intérêt de son mineur de former, et défendre à celles qu'on donne mal à propos contre lui; mais il doit s'instruire au préalable du droit du mineur, en prenant des consultations d'avocats; et pour plus grande précaution, il peut encore se faire autoriser par un avis de parens, convoqués à cet effet devant le juge, à soutenir le procès. Il doit surtout avoir recours à cet avis de parens, pour appeler, lorsqu'il a succombé en première instance.

Les obligations du tuteur n'ont pas seulement pour objet l'administration des biens du mineur. Le tuteur est obligé de pourvoir à tout ce qui est nécessaire pour les alimens du mineur, et pour lui donner une éducation convenable à sa naissance, à ses facultés et à ses dispositions naturelles. Le tuteur ne peut employer pour cela que les revenus, quelque modiques qu'ils soient : il ne peut aliéner les fonds.

Il est d'usage, à l'égard des mineurs de la campagne dont le revenu n'est pas suffisant pour les alimens, que le tuteur les loue pour un certain temps à quelques personnes qui s'obligent de leur donner tous les alimens nécessaires, tant en santé

qu'en maladie, pendant le temps convenu, pour le revenu de leur bien, et de leur fournir des habillemens de la qualité convenue, à la charge que ces mineurs rendront, pendant ledit temps, tous les services dont ils seront capables. Par ce marché, celui qui se charge du mineur se trouve dédommagé des alimens qu'il lui fournit pendant qu'il n'est pas encore en état de lui rendre service, par ceux qu'il lui rend lorsqu'il est devenu en âge et en état de lui en rendre.

Quoique le tuteur ne puisse entamer les fonds du mineur pour ses alimens et son éducation, il peut néanmoins le faire pour former son établissement. Ainsi, dans les familles d'artisans un tuteur peut être autorisé par le juge, sur un avis de parens, à prendre sur les fonds du mineur de quoi lui faire apprendre un métier ou le faire recevoir maître.

Dans une famille noble, ou de gens vivans noblement, le tuteur peut, lorsque les revenus du mineur ne sont pas suffisans, être autorisé à prendre sur les fonds de quoi le mettre en équipage et lui obtenir un emploi militaire. Les frais de degrés, et principalement de doctorat, peuvent aussi être considérés comme servant à l'établissement d'un mineur.

Lorsque les revenus d'un mineur sont plus considérables, le tuteur fait assez ordinairement régler par le juge, sur l'avis de la famille, la somme qu'il pourra employer par an pour les alimens et l'éducation du mineur. Cette somme se règle différemment à mesure que le mineur avance en âge. Quoique le tuteur n'ait pas pris cette précaution, on ne laisse pas de lui allouer les sommes qu'il a employées, lorsqu'elles ne sont pas exorbitantes.

Il est surtout du devoir d'un tuteur, lorsque le mineur est en âge, de lui conseiller de prendre un état, celui qui lui conviendra davantage, eu égard à sa naissance, à ses facultés, et plus encore à ses talens et à ses dispositions. Le tuteur doit sur cela consulter la famille du mineur : il lui est surtout enjoint de la consulter lorsqu'il s'agit de marier ce mineur, comme nous l'avons déjà vu. Telles sont les obligations du tuteur durant la tutelle. Après la tutelle finie, il est obligé de rendre compte : nous en parlerons dans le dernier article.

ARTICLE V.

Des manières par lesquelles finit la tutelle.

Il est évident que la tutelle finit par la mort naturelle ou civile, soit du tuteur, soit du mineur:

Elle finit aussi lorsque le tuteur, pour quelque juste cause, en a été destitué : *v. g.* si le tuteur avoit fait faillite, s'il étoit de mauvaises mœurs, ou s'il étoit à craindre qu'il ne dissipât les biens de son mineur, il pourroit, sur la poursuite de quelques proches parens, être, en connoissance de cause, destitué de la tutelle par le juge.

La tutelle finit aussi par la majorité du mineur, lorsqu'il a accompli l'âge de vingt-cinq ans. Elle finit même avant cet âge par le mariage du mineur légitimement contracté; car le mariage, émancipant de plein droit les mineurs, et les faisant sortir de la puissance des tuteurs, fait finir la tutelle.

Enfin la tutelle finit par une autre espèce d'émancipation, qui s'obtient par lettres du prince : le prince, par ces lettres, accorde au mineur le pouvoir de se gouverner lui-même, et d'administrer lui-même ses biens, au cas qu'il en soit trouvé capable. Suivant la constitution de Constantin, ce prince n'accordoit ce bénéfice, qui s'appeloit *venia ætatis,* qu'aux garçons qui avoient vingt ans accomplis, et aux filles qui en avoient dix-huit accomplis. Parmi nous l'âge auquel les mineurs pubères peuvent jouir de ce bénéfice n'est point défini, et cela est laissé à la prudence du juge.

Ces lettres se prennent en la chancellerie du palais, et sont adressées au juge du domicile du mineur qui les a obtenues. Ce mineur doit faire assigner devant le juge son tuteur et ses proches parens; et, sur les témoignages que rend la famille, le juge, ou intérine ces lettres, si le mineur est jugé capable de gouverner et administrer son bien, ou il l'en déboute, s'il l'en juge incapable.

Le mineur dont les lettres ont été entérinées acquiert le droit de disposer de ses biens meubles, et d'administrer ses immeubles. La sentence d'entérinement, sur l'avis des parens, met ordinairement des modifications à ce droit de disposer des biens meubles : elle ordonne en ce cas que le mobilier provenant d'une telle succession, ainsi que celui des successions qui pourroient lui échoir par la suite, sera remis entre les mains

du curateur du mineur, pour être par ledit curateur employé en acquisition d'héritages ou rentes. En ce cas, l'émancipation par lettres a moins d'étendue que celle par mariage : l'une et l'autre ont cela de commun, que le mineur ne peut aliéner ses immeubles, et n'a que le droit de les administrer. Le mineur émancipé ne peut non plus ester en jugement sans l'assistance d'un curateur, qui lui est à cet effet créé, et qu'on appelle *curateur aux causes*.

ARTICLE VI.

Du compte de tutelle.

La tutelle finie, le tuteur doit rendre compte à son mineur de son administration.

Toute transaction, tout contrat passé entre le tuteur et le mineur devenu majeur avant que ce compte ait été rendu, n'oblige point le mineur, qui peut, quand bon lui semble, s'en faire relever et les faire déclarer nuls, quoiqu'il ait passé ces actes en majorité; car en cette matière le mineur devenu majeur est toujours réputé mineur vis-à-vis de son tuteur, jusqu'à ce qu'il ait rendu compte.

Le tuteur peut être assigné devant le juge qui l'a nommé pour rendre compte. Si, après y avoir été condamné, il ne le rend pas, il peut y être contraint par la saisie de ses biens, et même par emprisonnement.

Ce compte que le tuteur est obligé de rendre doit être composé de trois chapitres; de la recette, de la mise, et de la reprise.

Il doit se charger en recette, 1° du prix de la vente des meubles du mineur, s'ils ont été vendus; sinon, du montant de la prisée de l'inventaire, à laquelle il doit ajouter la crue ou parisis, à l'égard des meubles qui y sont sujets.

2° Il doit se charger en recette de tout ce qu'il a reçu ou dû recevoir des débiteurs du mineur, encore qu'il ne l'ait pas reçu.

3° Il doit se charger des revenus du mineur.

4° Suivant un acte de notoriété du châtelet de Paris de 1698, lorsque le tuteur se trouve avoir eu entre les mains des deniers oisifs, provenans, soit des fonds, soit des revenus de son mineur, lesquels montent en recette à une somme de 1500 liv., et qu'il n'a pas fait emploi de cette somme, il doit se charger en re-

cette des intérêts que cette somme a pu produire, à compter depuis les six mois qui lui sont accordés pour faire emploi. Ces intérêts s'accumulent avec le capital, et produisent eux-mêmes des intérêts; lesquels intérêts des intérêts en produisent aussi eux-mêmes, toujours par accumulation, jusqu'au temps de la majorité, ou, en cas d'émancipation, jusqu'au temps du compte clos et rendu.

Si le tuteur, faute d'entretien et par sa faute, a laissé dégrader les biens de son mineur, il doit ajouter à sa recette le montant des dommages et intérêts qui en résultent.

Le chapitre de mise est composé de tout ce que le tuteur a dépensé pour son mineur, et qu'il a payé pour l'acquittement de ses dettes; le prix des acquisitions qu'il a faites pour lui; ce qu'il a payé pour l'entretien de ses biens, pour les frais des procès qu'il a soutenus, pour les pensions du mineur, pour les appointemens des maîtres préposés à son éducation, et généralement pour toutes les autres nécessités du mineur.

Si le tuteur a fait des voyages pour les affaires du mineur, les frais de ces voyages doivent lui être alloués et estimés suivant sa qualité : mais on n'alloue point au tuteur aucun salaire pour la récompense des soins qu'il a pris dans l'administration de la tutelle. C'est une charge de famille, un office de parent, qui doit être rendu gratuitement. Il faut en excepter les tuteurs onéraires, dont il a été parlé ci-dessus.

Pour que les dépenses faites par le tuteur lui soient allouées, il suffit qu'il les ait d'abord faites utilement, quoique par l'événement cette utilité n'ait pas duré; car personne ne peut répondre des événemens. C'est pourquoi, si un tuteur a fait de grosses dépenses pour des réparations à faire aux bâtimens d'une métairie de son mineur, quoique par la suite ces bâtimens aient été incendiés par le feu du ciel, la dépense ne laissera pas de lui être allouée.

Les mises des tuteurs doivent être justifiées par des quittances, des devis et marchés, et autres pièces. Il faut excepter certains articles de mises que le tuteur ne peut justifier par quittances, parce que les personnes à qui il a payé ne savoient pas écrire, et que la modicité de la somme ne méritoit pas les frais d'une quittance devant notaire. Le tuteur doit être cru à son serment sur ces sortes de mises, lorsqu'elles sont vraisemblables. La coutume d'Orléans (art. 199), en a une disposition pour les articles qui ne passent pas 10 sols. Cette res-

triction à la somme de 10 sols n'est pas suivie, et on laisse à l'arbitrage du juge la quantité de la somme jusqu'à laquelle le tuteur doit être cru sur son serment.

Le troisième chapitre du compte, qui se nomme chapitre de reprises, est composé des sommes dont le tuteur s'est chargé en recette comme dues à son mineur, et qu'il n'a pas néanmoins reçues, lorsqu'il n'y a pas de sa faute, soit parce qu'il a fait les diligences convenables contre les débiteurs, soit parce que l'insolvabilité arrivée des débiteurs le dispensoit d'en faire.

Il doit, pour établir ce chapitre de reprises, justifier par pièces, soit de ses diligences, soit de l'insolvabilité des débiteurs par lui alléguées. Le compte se rend, soit à l'amiable, soit par un acte sous seing-privé, soit par un acte devant notaire, soit devant le juge. Le juge devant qui le compte doit être rendu en justice est celui qui a nommé le tuteur, comme on l'a dit.

Lorsque le tuteur est un tuteur légitime, le juge devant qui le compte doit être rendu est le juge de celui qui est assigné, soit pour le rendre, soit pour l'entendre.

Le compte, de quelque nature qu'il soit rendu, est rendu aux frais du mineur devenu majeur ou émancipé, à qui il est rendu. C'est pourquoi le tuteur, au montant des deux chapitres de mises et reprises, peut ajouter les frais du compte.

L'ordonnance de 1667, tit. 29, art. 18, règle quels sont les frais qui doivent être alloués au rendant compte pour la dépense du compte. Il ne peut y comprendre le coût du jugement qui l'y a condamné, à moins qu'il n'eût consenti à le rendre avant la condamnation.

Le montant, tant des deux chapitres de mises et de reprises que des frais, doit se déduire du chapitre de recette; et cette déduction faite, ce qui reste est le reliquat du compte. Lorsque le compte est rendu en justice il doit être présenté et affirmé par le tuteur ou une personne fondée de sa procuration spéciale.

Ce compte ayant été communiqué avec les pièces justificatives au mineur devenu majeur ou émancipé, le mineur, s'il ne juge pas à propos de le passer, doit proposer ses débats contre lesquels le tuteur opposera des soutènemens. Cela formera procès, sur lequel le juge statue et condamne aux dépens celui qui a tort.

Ce procès ne suspend point l'exigibilité de la somme dont le

tuteur s'est reconnu reliquataire pour son compte; le mineur peut, durant le procès, le contraindre au paiement.

La somme qui forme le reliquat d'un compte de tutelle, produit de plein droit des intérêts jusqu'au paiement; mais il n'y a pas lieu aux intérêts d'intérêts comme durant la tutelle.

Le mineur devenu majeur ou émancipé a hypothèque pour le paiement de ce reliquat sur tous les biens de son tuteur, du jour de l'acte de nomination du tuteur si c'est un tuteur datif, ou du jour qu'il a commencé à l'être s'il est légitime.

Il y a aussi la contrainte par corps après les quatre mois, lorsqu'il y a un jugement rendu contre le tuteur et que la somme est liquide.

Lorsque, par le compte de tutelle, c'est le mineur qui est reliquataire envers son tuteur, la créance du tuteur contre son mineur, qui concerne ce reliquat, n'est qu'une créance ordinaire qui ne produit d'intérêts que du jour de la demande judiciaire qu'en forme le tuteur, et qui ne produit hypothèque que du jour de la clôture du compte lorsqu'il est arrêté pardevant notaire, ou du jour de la sentence de condamnation.

SECTION V.

De la curatelle.

ARTICLE PREMIER.

Des curateurs aux sourds, muets, fous, prodigues, et autres semblables personnes.

Lorsqu'une personne majeure ou émancipée perd l'usage de la raison, ou lorsqu'elle se porte à des excès de prodigalité qui donnent lieu de craindre qu'elle ne dissipe bientôt tout son bien, le juge, sur la poursuite de quelqu'un de ses plus proches parens, après avoir constaté sa folie ou prodigalité par enquête, et pris l'avis de la famille, lui interdit l'administration de ses biens et lui nomme un curateur.

On nomme aussi un curateur à ceux que quelque défaut corporel empêche d'administrer leurs biens : tels sont les sourds et muets de naissance.

Il n'y a que les personnes majeures ou émancipées qui soient sujettes à cette interdiction, et à qui on donne ces sortes de curateurs; car les mineurs qui sont sous la puissance paternelle ou sous celle d'un tuteur, étant gouvernés par leurs père et

mère ou par leur tuteur, n'ont pas besoin qu'on leur nomme une autre personne pour les gouverner : n'ayant point l'administration de leurs biens, il est inutile qu'on la leur interdise.

Les curatelles de ces sortes de personnes sont datives dans tout le pays coutumier, mêmes dans les coutumes qui, comme celle d'Orléans, admettent une tutelle légitime. Elles ne décident rien de semblable à l'égard des curatelles. Il n'y a que les personnes capables de tutelle dative qui soient capables de curatelle. Les mêmes excuses ont lieu pour l'une et pour l'autre.

L'interdit pour cause de démence ne pouvant se gouverner, non plus que ses biens, le pouvoir et les obligations de son curateur s'étendent à sa personne aussi bien qu'à ses biens. Ce curateur peut le retenir auprès de lui, ou le mettre en pension dans telle maison honnête qu'il jugera à propos. Que si la démence va jusqu'à la fureur et ne permet pas qu'il soit laissé en liberté, il peut et même il doit se pourvoir devant le juge, qui, sur l'avis de la famille, après qu'il aura été informé de la fureur, ordonnera qu'il sera renfermé dans une maison de force.

L'interdit pour cause de prodigalité, n'étant interdit qu'à cause de la mauvaise administration qu'il faisoit de ses biens, peut se gouverner lui-même; d'où il suit que le pouvoir et les obligations de son curateur se bornent à l'administration de ses biens, et ne s'étendent point à sa personne.

Le pouvoir et les obligations des curateurs aux interdits, par rapport à leurs biens, sont à peu près les mêmes que celles des tuteurs. Ils doivent après que la curatelle est finie rendre compte de leur administration; et tout ce que nous avons dit à cet égard touchant les tuteurs reçoit application à l'égard des curateurs.

Cette curatelle finit par les mêmes manières par lesquelles finit la tutelle, sauf qu'au lieu que la tutelle finit par la majorité et l'émancipation du mineur, cette curatelle finit lorsque l'interdit s'est fait relever de son interdiction.

L'interdit est relevé par le juge de son interdiction lorsqu'il a recouvré l'usage de la raison, s'il a été interdit pour démence; ou lorsqu'il a donné des preuves de sa bonne conduite, s'il a été interdit pour prodigalité.

Il doit, pour se faire relever, donner sa requête au juge, qui doit s'assurer par l'interrogatoire de l'interdit, et par une enquête, si l'interdit pour démence a recouvré la raison, ou si l'interdit pour prodigalité a donné des preuves d'une meilleure

conduite; et, après avoir pris l'avis de sa famille, il le relève de son interdiction.

ARTICLE II.

Des curateurs des mineurs.

On donne aux mineurs émancipés un curateur, qu'on appelle *curateur aux causes;* car les mineurs, quoique émancipés, ne peuvent ester en jugement sans l'assistance d'un curateur. La fonction de ce curateur consiste donc à les assister et autoriser dans les demandes qu'ils ont à former en justice contre quelqu'un, et dans celles qu'on a formées contre eux.

Comme les mineurs, quoique émancipés, ne peuvent aliéner leurs immeubles, il est d'usage de préposer aussi le curateur, par l'acte de curatelle, pour assister le mineur émancipé dans tous les actes où il s'agiroit de quelque aliénation nécessaire de ses immeubles, tels que sont les actes de remboursement de ses rentes, les partages, licitations, etc., pour en recevoir les fonds et en faire l'emploi.

On donne aussi aux mineurs des curateurs, qu'on appelle *curateurs aux actions contraires.* Cela a lieu toutes les fois qu'un tuteur a des actions à diriger contre le mineur, ou qu'il y a quelque partage ou autres actes à faire entre eux. Comme personne ne peut autoriser son mineur, ni stipuler pour lui dans les actes où il est lui-même partie contre lui, il est donc nécessaire que le mineur ait pour ces actes une personne qui l'autorise et le représente. C'est le curateur aux actions contraires qui est préposé pour cela. Ces curateurs ne sont quelquefois créés que dans une action; ce qui arrive lorsqu'on ne prévoit pas qu'il arrive durant la tutelle d'autres occasions où le mineur ait besoin de curateur aux actions contraires.

Le cas le plus fréquent est lorsque le survivant de deux conjoints, tuteur de leurs enfans, veut empêcher la communauté entre lui et ses enfans, ou la dissoudre. Comme il faut pour cela qu'il fasse un inventaire entre lui et ses enfans, il leur fait nommer par le juge un curateur ou aucteur pour le fait de cet inventaire. Si le survivant ne se contente pas de dissoudre la communauté, mais qu'il veuille la liquider et partager avec ses enfans, il doit faire nommer un curateur, non-seulement pour le fait de l'inventaire, mais aussi pour le fait de la liquidation et partage; car les curateurs *ad unum actum* n'ont de caractère que pour les actes pour lesquels ils sont nommés.

ARTICLE III.

Des curateurs aux ventres.

L'enfant dont on espère la naissance n'étant pas encore né, il ne peut avoir de tuteur; car ils sont donnés principalement pour gouverner la personne du mineur, d'où il suit qu'il ne peut y avoir de tuteur lorsqu'il n'y a point encore de personne de mineur qui existe. Néanmoins, comme l'enfant dont on espère la naissance est déjà réputé né toutes les fois qu'il s'agit de ses intérêts, *Qui in utero est, pro jam nato habetur, quoties de ejus commodis agitur*, et qu'il est de l'intérêt du posthume, s'il vient à naître, que les biens qui doivent lui appartenir lorsqu'il naîtra soient en attendant administrés, il doit être réputé né, non pas à l'effet qu'on lui nomme un tuteur, puisqu'il n'existe pas encore de personne qui puisse être gouvernée, mais à l'effet qu'on lui nomme un curateur pour l'administration des biens qui doivent lui appartenir un jour. Ce curateur, qu'on appelle en droit *curateur au ventre*, se nomme ainsi, parce que les jurisconsultes romains, *in doctrinâ stoïcorum*. regardoient l'enfant qui étoit dans le sein de sa mère comme *pars viscerum matris*.

Le curateur au ventre ou au posthume, pour l'administration générale des biens qui doivent lui appartenir lorsqu'il sera né, doit rendre compte au tuteur de ce posthume né, ou à ceux à qui les biens appartiendront s'il arrive qu'il ne naisse pas.

On nomme aussi quelquefois des curateurs aux ventres, *ad unum actum*, comme pour intenter une action de retrait lignager; mais, comme l'événement de cette action dépend de la naissance du posthume, on attend qu'il soit né pour y statuer définitivement; et lorsqu'il est né, l'instance est reprise par le tuteur.

Il y a encore d'autres espèces de curateurs, tels que le curateur à une succession vacante, le curateur créé à l'héritage délaissé en justice, dont nous ne parlerons point ici, y traitant seulement des curateurs donnés aux personnes.

TITRE VII.

Des communautés.

Les corps et communautés établis suivant les lois du royaume sont considérés dans l'état comme tenant lieu de personnes : *veluti personam sustinent*; car ces corps peuvent, à l'instar des personnes, aliéner, acquérir, posséder des biens, plaider, contracter, s'obliger, obliger les autres envers eux.

Ces corps sont des êtres intellectuels, différens et distincts de toutes les personnes qui les composent : *universitas distat à singulis*. C'est pourquoi les choses qui appartiennent à un corps n'appartiennent aucunement pour aucune part à chacun des particuliers dont le corps est composé ; et en cela, la chose appartenante à un corps, *res universitatis*, est très-différente d'une chose qui seroit commune entre plusieurs particuliers, pour la part que chacun a en la communauté qui est entre eux. Par la même raison, ce qui est dû à un corps n'est dû aucunement à aucun des particuliers dont le corps est composé : *Si quid universitati debetur, singulis non debetur*. Le créancier de ce corps ne peut donc point exiger de chacun des particuliers de ce corps ce qui lui est dû par le corps : il ne peut faire condamner au paiement que le corps; il ne peut faire commandement qu'au corps, en la personne de son syndic ou procureur; et il ne peut saisir que les effets qui appartiennent au corps.

Cela a lieu lorsqu'il n'y a que le corps qui contracte seul la dette. Par exemple, lorsqu'une ville, par le ministère de ses maire et échevins, fait un emprunt; lorsqu'un hôpital, par le ministère de ses administrateurs, contracte quelque engagement.

Mais comme il y a des corps qui n'ont pas de biens, comme sont les compagnies d'offices de judicature ou de finance, comme sont les corps de métier, etc. lorsque ces corps font des emprunts les créanciers ne se contentent pas de l'obligation du corps; ils font intervenir au contrat tous les membres, pour qu'ils déclarent qu'ils s'obligent tous, tant en corps que chacun d'eux en particulier; et au moyen de cette obligation de chacun des membres, chacun d'eux peut être contraint au paiement, ou pour sa portion virile, ou solidairement, lorsque la solidité a été expressément stipulée.

Les membres d'un corps qui s'obligent chacun en leur particulier avec le corps, ou s'obligent seulement en tant que membres du corps, et dès là même cette obligation ne passe point à leurs héritiers; ou bien ils s'obligent en leur propre et privé nom, et en ce cas ils demeurent toujours obligés, quand même ils cesseroient d'être du corps, et ils transmettent à toujours leurs obligations à leurs héritiers.

De ce qu'un corps est une personne intellectuelle, il s'ensuit qu'il ne peut pas faire par lui-même tout ce que nous avons dit que les corps étoient capables de faire, comme de contracter, plaider, etc. Il est d'abord de la nature de chaque corps d'avoir un ou plusieurs procureurs, par l'organe desquels ils puissent faire ces choses. *Proprium est universitatis habere procuratorem seu syndicum.* Le procureur des corps et communautés est ordinairement le syndic : il est élu par les membres du corps assemblé, à la pluralité des suffrages. Ses pouvoirs sont plus ou moins étendus, suivant que le corps assemblé a jugé à propos de les étendre ou limiter par l'acte par lequel il a été préposé pour syndic. Le syndic, en contractant, oblige le corps dans les choses qui n'excèdent point les bornes de l'administration qui lui a été confiée. Le fait de ce syndic est censé le fait du corps : c'est à ce syndic, ou à son domicile, que sont données les assignations sur les demandes que quelqu'un a à former contre le corps.

Outre les syndics, les corps ont ordinairement un receveur qui est préposé pour recevoir des débiteurs ce qui est dû au corps. Les paiemens qui lui sont faits sont censés faits au corps, et il libère les débiteurs par les quittances qu'il leur donne. Lorsque le corps n'a point de receveur, c'est le syndic qui en fait les fonctions.

Il est encore de la nature des corps et communautés, que chaque corps ou communauté puisse se faire des statuts pour sa police et sa discipline, auxquels tous les membres sont tenus d'obéir, pourvu que ces satuts ne contiennent rien de contraire aux lois, à la liberté publique et à l'intérêt d'autrui. *His potestatem facit lex pactionem quam velint sibi ferre, dùm nequid ex publicâ lege corrumpant.* L. 4, ff. *de col. leg. et corp.* Mais, comme c'est aux magistrats à examiner s'il ne s'est rien glissé dans les statuts qu'un corps s'est prescrits, qui soit contraire aux lois et à la liberté publique, les corps doivent présenter leurs satuts, ou aux juridictions royales aux-

quelles ils sont soumis immédiatement, ou au parlement. Ils y sont homologués, s'il ne s'y trouve rien qui puisse empêcher l'homologation.

Si quelque autre corps, ou quelque particulier, se trouvoit lésé par ces statuts, il pourroit appeler de l'homologation, si le juge qui a homologué est un juge inférieur, ou former son opposition à l'homologation, s'il aime mieux prendre cette voie; ou si les statuts ont été homologués dans une cour souveraine, il formera opposition, et sur cet appel ou opposition, il assignera le corps ou communauté.

Enfin, il est de la nature des corps qu'ils aient une espèce de juridiction correctionnelle sur les membres, dans ce qui concerne la police et l'administration du corps et sa discipline.

ARTICLE PREMIER.

En quelles choses les corps ont-ils moins de droit que les particuliers?

Nous avons établi au commencement de ce titre que les communautés pouvoient, à l'instar des particuliers, acquérir et aliéner; mais leur droit, en cela, n'est pas si étendu que celui des particuliers.

1° En ce qui concerne le droit d'acquérir, ils ne peuvent acquérir à tous les titres auxquels peuvent acquérir les particuliers. Les contrats à fonds perdu, lorsqu'ils sont à titre de commerce, leur sont interdits par les déclarations du roi, à peine de confiscation des choses qu'ils auroient acquises à ce titre. Suivant ces déclarations, les communautés ne peuvent recevoir de deniers pour une rente viagère plus forte que le denier vingt, réglé par l'ordonnance; ou acquérir des héritages pour une rente viagère qui excède le revenu desdits héritages; car, lorsque la rente excède le revenu de l'héritage, ou l'intérêt de la somme de deniers reçue par la communauté, cette rente viagère est le prix du fonds de la chose acquise par la communauté; et par conséquent le titre d'acquisition est un contrat à fonds perdu, à titre de commerce, que la loi défend aux communautés.

Que si la rente viagère n'excède pas l'intérêt, au fur de l'ordonnance, de la somme reçue par la communauté, ou n'excède pas le revenu des héritages acquis par la communauté, ce contrat est excepté en termes formels de la prohibition de cette loi: car, en ce cas, la rente ne peut être regardée comme

le prix de la chose, mais plutôt comme le prix de la jouissance de la chose. Ce n'est donc pas un titre de commerce, mais plutôt une donation faite à la communauté, sous la réserve que le donateur fait de l'usufruit dont la rente viagère, qui n'excède pas la valeur de l'usufruit, lui tient lieu. Or il n'est pas interdit aux communautés de recevoir des donations : il n'y a que les contrats à fonds perdu qui sont à titre de commerce, qui leur sont interdits.

Les communautés n'ont pas non plus le droit d'acquérir toutes les choses que les particuliers ont droit d'acquérir. Dès avant l'édit de 1749 les communautés n'étoient pas à la vérité incapables d'acquérir des héritages; mais, si elles pouvoient les acquérir, elles n'étoient pas en droit de les retenir toujours. Elles pouvoient être obligées de vider leurs mains de ces héritages, soit par les seigneurs de qui les héritages acquis par elles relevoient, soit par le procureur du roi, à moins qu'elles n'eussent obtenu du roi des lettres d'amortissement, qui les rendissent capables de posséder et retenir ces héritages, en indemnisant les seigneurs.

Le droit du procureur du roi d'obliger les communautés à vider leurs mains des héritages par elles acquis est fondé sur l'intérêt public; car les communautés ne meurent point, et n'aliènent presque jamais les héritages par elles acquis. Les aliénations même leur sont défendues, ainsi que nous le verrons ci-après. Les héritages qui sont entre leurs mains sont hors du commerce, et par conséquent le commerce en est d'autant diminué.

Le droit qu'ont pareillement les seigneurs d'obliger les communautés à vider leurs mains des héritages par elles acquis est fondé sur l'intérêt particulier de ces seigneurs. L'émolument de la seigneurie directe qu'ils ont sur les héritages consiste dans les profits auxquels donnent ouverture les mutations qui arrivent, soit par la mort des propriétaires, soit par les aliénations. Ces seigneurs se trouveroient privés en entier de l'émolument de leurs seigneuries directes, si les communautés, qui ne meurent point et qui n'aliènent point, pouvoient retenir les héritages. De là est né le droit qu'ont les seigneurs de les obliger à vider leurs mains. La coutume d'Orléans en a une disposition (art. 40 et 41) où elle veut que les communautés soient tenues d'en vider leurs mains dans l'année du jour de la sommation qui leur en sera faite par le seigneur d'où ils relèvent; faute

de quoi, ledit temps passé, elle permet au seigneur de fief, et même de censive, de saisir lesdits héritages et percevoir à son profit tous les fruits en pure perte pour les communautés, jusqu'à ce qu'elles aient vidé leurs mains.

Il y a trois fins de non-recevoir qui peuvent être opposées contre cette sommation des seigneurs.

La première est celle des lettres d'amortissement que la communauté obtient du roi, qui lui donnent le droit de retenir et posséder l'héritage par elle acquis : mais comme le roi n'accorde point de grâce au préjudice d'autrui, la communauté doit en ce cas indemnité au seigneur, qui est ordinairement réglée au tiers du prix pour les mouvances en fief, et au 5e pour les mouvances censuelles. Cette somme n'indemnise le seigneur que des profits qu'il pourroit recevoir par les aliénations de l'héritage s'il restoit dans le commerce. C'est pourquoi, outre cette indemnité, la communauté doit nommer pour son vicaire au seigneur une personne, par la mort de laquelle il soit dû au seigneur le même profit qui seroit dû par les mutations qui arriveroient par la mort du propriétaire, si l'héritage étoit resté dans le commerce.

Dans les censives où il n'est point dû de profits par la mort du propriétaire, le seigneur ne peut prétendre de profits par la mort du vicaire, lorsqu'il a reçu une indemnité, ou que, par le laps de temps, il est présumé l'avoir reçue. Néanmoins, si le seigneur de censive étoit en possession de recevoir des profits par la mort des vicaires, il pourroit y être maintenu, parce que de cette possession il résulteroit une présomption qu'il y a eu convention entre ses auteurs et la communauté, qu'il seroit payé un profit par les mutations de vicaires, pour tenir lieu d'indemnité au seigneur, et qu'il n'en auroit point reçu d'autres.

Observez que le seigneur reçoit cette indemnité pour être indemnisé seulement du préjudice qu'il souffre de cette permission; mais il n'aliène par là aucun droit de sa mouvance. C'est pourquoi si, par quelque cas extraordinaire, la communauté aliénoit l'héritage pour lequel elle a payé une indemnité, cela n'empêcheroit pas le seigneur d'exercer tous ses droits sur cet héritage rentré dans le commerce.

Quid, si la communauté qui a payé l'indemnité aliénoit à une autre communauté, le seigneur pourroit-il contraindre cette communauté à vider ses mains de cet héritage, ou lui demander une nouvelle indemnité? La raison de douter est que,

lorsque le seigneur a reçu la première indemnité, il a compté que la communauté de qui il la recevoit n'alièneroit jamais l'héritage. Il a reçu l'indemnité de tous les profits auxquels il pourroit y avoir ouverture à toujours; d'où il semble suivre qu'il ne peut prétendre une autre indemnité, et qu'il ne souffre aucun préjudice de ce que l'héritage passe à une autre communauté. La raison de décider au contraire se tire de ce que nous avons dit déjà, que l'indemnité n'est que le prix de la permission accordée à la communauté, de posséder l'héritage. Le droit que la communauté a acquis lui est personnel, et ne peut passer à l'autre communauté qu'en recevant l'indemnité. Le seigneur n'a aliéné, comme nous l'avons dit, aucun droit de sa mouvance, et ne peut être empêché d'exercer tous ses droits envers cette autre communauté.

La seconde fin de non-recevoir, qui peut être opposée contre les seigneurs, est celle qui résulteroit du consentement qu'il auroit donné à l'acquisition faite par la communauté. Ce consentement peut résulter de plusieurs causes; il peut s'induire de ce que le seigneur auroit accepté une reconnoissance du vicaire à lui offerte par la communauté. Au reste, ce consentement donné par le seigneur à la communauté le rend bien non-recevable à contraindre la communauté de vider ses mains; mais il ne lui ôte pas le droit d'exiger l'indemnité, à laquelle il n'est point censé avoir renoncé par ce consentement.

La troisième fin de non-recevoir est celle qui résulte du laps de temps pendant lequel la communauté a joui de ces héritages sans y être troublée par les seigneurs. Le temps qui opère cette fin de non-recevoir dans les coutumes qui n'ont sur cela aucunes dispositions, est le temps de trente ans, qui est le temps ordinaire des prescriptions, ou celui de quarante ans, si le seigneur est du nombre de ceux contre qui on ne prescrit que par ce temps. La coutume d'Orléans a fixé le temps de cette prescription à soixante ans. Cette fin de non-recevoir, qui résulte du laps de temps, a plus d'effet que les deux précédentes, en ce qu'elle ôte aux seigneurs, non-seulement le droit de contraindre les communautés à vider les mains, mais même celui de leur demander l'indemnité, qui est présumée payée. Le seigneur ne peut en ce cas demander qu'un vicaire, par la mutation duquel il soit dû le même profit qui seroit dû par la mort des propriétaires, si l'héritage étoit resté dans le commerce.

L'édit du roi de 1749 a encore beaucoup diminué le droit qu'avoient les communautés d'acquérir.

Auparavant elles n'étoient point absolument incapables d'acquérir des héritages; elles acquéroient valablement, sauf à pouvoir être, comme nous l'avons vu, contraintes à vider leurs mains, dans un certain temps, de ce qu'elles avoient acquis. C'étoit plutôt la faculté de retenir qui leur manquoit que la faculté d'acquérir.

L'édit de 1749 a rendu les communautés absolument incapables d'acquérir aucuns héritages, comme fonds de terre, maisons, rentes foncières, droits seigneuriaux et autres droits réels. Il leur est même pareillement défendu d'acquérir des rentes constituées sur les particuliers, même dans les coutumes où elles sont réputées meubles; elles peuvent seulement acquérir des choses mobilières, et des rentes sur le roi et les communautés, comme sur le clergé, sur les états de provinces, sur les villes, et sur quelques autres communautés que ce soit.

Les choses qu'il est défendu par cette loi d'acquérir ne peuvent être par elles acquises à quelque titre que ce soit, soit à titre gratuit, soit à titre de commerce : il ne leur est pas même permis de les acquérir en paiement de ce qui leur seroit dû. Il est défendu à tous les notaires de passer ces actes à peine de nullité, d'interdiction et d'amende contre le notaire. Il est aussi défendu à toutes personnes de prêter leur nom aux communautés pour lesdites acquisitions, à peine de 3000 livres d'amende.

Les legs faits aux communautés des choses qu'il ne leur est pas permis d'acquérir, sont entièrement nuls : il ne leur en est pas même dû l'estimation; ce qui est fondé, 1° sur le principe de droit : *Rei legatæ cujus commercium legatarius non habet, nec æstimatio quidem debetur;* 2° sur ce que l'édit de 1749 ne se contente pas de défendre aux communautés d'acquérir ces sortes de choses; elle a formellement défendu de les leur léguer (art. 17).

Pourroit-on léguer un héritage à un particulier, à la charge qu'il le revendroit et en remettroit le prix à une communauté? Il paroît que cela se peut faire; car cette disposition ne contient qu'un fidéicommis du prix de cet héritage, qui est une somme mobilière qu'il est permis à la communauté d'acquérir. Néanmoins l'édit de 1749 déclare cette disposition entièrement nulle (art. 31). La raison est que la nullité du legs d'un héritage, ou

autre chose semblable fait aux communautés, n'est pas seulement fondée sur l'incapacité qu'elles ont d'en acquérir, mais sur une défense formelle portée par ladite loi (art. 17) de leur en léguer le prix. Cette loi a donc dû, comme elle l'a fait, déclarer cette disposition nulle, comme faite en fraude de sa défense.

De là il suit pareillement que le legs d'un héritage fait à une communauté pour une fondation, quelque utile qu'elle soit, à la charge par la communauté d'obtenir des lettres patentes, n'en est pas moins nulle, ainsi que cela est décidé formellement par l'art. 17. La raison de douter pourroit être que les communautés peuvent être rendues capables d'acquérir par des lettres patentes, ainsi que nous l'allons voir, et qu'un legs fait à un incapable, sous la condition qu'il deviendra capable, *cùm capere potuerit*, peut être valable. (L. 52, *de hæred. inst.*) La raison qu'a eue l'ordonnance de décider au contraire que le legs étoit nul se tire de la défense absolue qu'elle a faite de léguer ces sortes de choses aux communautés.

Le roi permet néanmoins aux communautés, en certains cas, pour causes justes et nécessaires, d'acquérir des immeubles, mais à la charge d'obtenir auparavant l'acquisition des lettres patentes de sa majesté, enregistrées au parlement, qui permettent d'acquérir; lesquelles lettres ne peuvent être accordées ni enregistrées qu'il n'ait été préalablement rendu compte de la nature et de la valeur de l'immeuble, de la commodité ou incommodité de l'acquisition. Lesdites lettres doivent aussi être communiquées avant l'enregistrement aux seigneurs, soit de fief, soit de censive, soit de haute-justice.

Cet édit, qui défend aux communautés d'acquérir des héritages, n'empêche pas qu'elles ne puissent rentrer dans ceux qu'elles ont aliénés, lorsque c'est plutôt par la résolution de l'aliénation qu'elles y rentrent que par une nouvelle acquisition qu'elles font de ces héritages. Par exemple, une communauté peut rentrer dans un héritage après l'expiration du temps pour lequel elle l'avoit aliéné à bail emphytéotique. Elle peut rentrer dans un héritage qu'elle avoit donné à rente, par le déguerpissement volontaire qu'en fait le possesseur qui ne veut plus payer la rente; ou, lorsqu'à défaut de paiement de la rente, elle obtient sentence qui lui permet d'y rentrer; car, dans l'un et l'autre de ces cas, ce n'est pas une nouvelle acquisition que la communauté fasse de cet héritage, c'est plutôt une résolution d'aliénation, par le défaut d'accomplissement de la

charge sous laquelle elle avoit été faite, qui étoit la charge du paiement de la rente.

Par la même raison, si une communauté avoit aliéné un héritage avec la clause de réméré, c'est-à-dire avec la clause qu'elle pourroit, dans l'espace d'un certain temps, y rentrer en rendant le prix, nonobstant la déclaration du roi, elle pourroit exercer cette faculté de réméré, et rentrer dans cet héritage; car l'exercice d'une faculté de réméré n'est point un nouveau titre d'acquisition, mais la résolution de l'aliénation qui avoit été faite sous cette clause.

En est-il de même de ce qu'on appelle *droit de refus* ou *de prélation*, qui résulte de la clause par laquelle je stipule, en aliénant mon héritage, que toutes les fois que l'acheteur ou ses successeurs voudront le vendre, ils ne le pourront faire que je n'en aie la préférence. La communauté qui a aliéné un héritage avec cette clause peut-elle, nonobstant l'édit de 1749, exercer le droit de préférence lorsque l'héritage sujet à ce droit viendra à être vendu? Il faut dire qu'elle ne le peut : ce droit est bien différent du droit de réméré. L'exercice du droit de réméré se fait sans qu'il intervienne une nouvelle vente de l'héritage, et ne contient que la résolution de celle qui avoit été faite. Au contraire, le droit de préférence ne s'exerce qu'en conséquence d'une nouvelle vente que le possesseur de l'héritage même fait volontairement de l'héritage sujet à ce droit. Ce droit n'est autre chose que le droit d'être préféré à tout autre acheteur; c'est un achat, un nouveau titre d'acquisition, que l'exercice de ce droit; d'où il suit que les communautés étant incapables d'acheter des immeubles, ne peuvent exercer ce droit (1).

Par la même raison, l'édit de 1749 décide que les communautés ne peuvent exercer le retrait féodal des fiefs qui sont vendus dans leur mouvance; car le retrait féodal, ainsi que celui dont nous venons de parler, étant le droit que nous avons d'être préférés à un autre acheteur, et d'acheter à sa place, l'exercice de ce droit est un véritable titre d'acquisition.

Les communautés peuvent-elles céder à des particuliers leur droit de refus, ou de retrait féodal?

---

(1) Par arrêt du parlement, du 10 mai 1766, il a été jugé au profit du chapitre de Saint-Pierre-Empont d'Orléans, qu'il pouvoit exercer le droit de refus.

La raison de douter est qu'on ne peut céder ce qu'on n'a pas; que l'édit de 1749, ayant privé les communautés de ce droit de refus ou de retrait féodal, dérogeant à cet effet aux clauses stipulées par les coutumes, il semble qu'elles n'ont plus ce droit, et par conséquent qu'elles ne le peuvent céder. Je pense cependant qu'elles le peuvent. L'article 25 de l'édit de 1749, porte : « Les gens de main-morte ne pourront exer- » cer aucune action en retrait féodal. » Par ces termes, les communautés ne sont pas privées de ce droit; il leur est seulement défendu de l'exercer par elles-mêmes, parce qu'en l'exerçant elles acquerroient un héritage contre la défense de la loi, l'objet de la loi ayant été uniquement d'empêcher les communautés d'acquérir des héritages, et non pas de les dépouiller d'aucuns des droits qui leur appartenoient. C'est pourquoi si, sans contrevenir à la loi, si, sans acquérir des héritages, elles peuvent jouir de leur droit de refus ou de retrait féodal, et en retirer quelque utilité par la cession qu'elles en feront à un particulier, on ne peut pas les en empêcher (1).

De ce que l'édit de 1749, en rendant les communautés incapables d'acquérir des héritages, ne les a pas privées des droits attachés à leur seigneurie, il s'ensuit qu'elles ne doivent pas en être privées. Par exemple, si le propriétaire d'un héritage situé dans le territoire de la justice appartenant à la communauté, vient à mourir sans héritier, ou à être condamné à une peine capitale, cette communauté ne doit pas être privée du bénéfice du droit de déshérence ou de confiscation, qui sont des droits attachés à son droit de justice.

Si le vassal d'une communauté commet félonie ou désaveu, la communauté ne doit pas être privée de son droit de commise; mais, comme les héritages qui aviennent à un seigneur, à ces titres, sont de vraies acquisitions qu'il en fait, et que par l'édit les communautés sont incapables d'acquérir des héritages; pour concilier cette incapacité avec l'équité, qui ne permet pas que les communautés soient privées des droits attachés à leurs seigneuries, l'édit (art. 26) donne aux communautés le délai d'un an, pour vendre les héritages qui leur sont échus à ces titres : par ce moyen on a satisfait à la loi, qui ne veut point qu'ils acquièrent des héritages; et leurs

(1) La déclaration du 26 mai 1774, article 6, en a une disposition précise.

droits leur sont conservés, puisqu'en vendant à leur profit ces héritages ils profitent des droits de confiscation, commise, déshérence et autres semblables attachés à leurs seigneuries.

Faute par la communauté de satisfaire à cette obligation dans le temps marqué, le roi veut que ces héritages soient réunis à son domaine, si les seigneuries des communautés sont dans ses mouvances immédiates; sinon à celui des seigneurs dont ils relèvent, pourvu qu'ils demandent cette réunion dans le délai d'une autre année; sinon, la réunion s'en fait au domaine du roi.

L'édit de 1749 ne devant avoir lieu que du jour de l'enregistrement qui en a été fait, suivant cette règle commune à toutes les lois positives : *Leges futuris dant formam negotiis, non ad præterita revocantur*, il s'ensuit que toutes les acquisitions d'héritages faites par les communautés avant ce temps sont valables. C'est ce qui est porté par l'art. 28, dont voici les termes : « N'entendons rien innover en ce qui regarde les » dispositions des actes ci-devant faits en faveur des gens de » main-morte, légitimement établis, lorsque ces dispositions » ou actes auront une date authentique *avant la publication* » *des présentes*, ou auront été faits par des personnes décé- » dées avant la publication. »

De là est née la question si le legs d'un héritage fait à une communauté est valable, lorsque le testament est fait par acte par-devant notaires, avant la publication de l'édit, quoique le testateur ne soit décédé que depuis.

Pour l'affirmative, on dit que l'édit déclare valables les dispositions qui ont une date certaine et authentique avant la publication; que le legs dans cette espèce a une date certaine et authentique avant la publication de l'édit, savoir la date du testament qui le contient. Au contraire, pour la négative on dit que les dispositions que l'édit déclare ainsi valables sont les dispositions entre-vifs. A l'égard des testamentaires, il ne suffit pas que les testamens qui les contiennent aient une date avant la publication; il faut que le testateur soit mort auparavant. La raison en est que ces dispositions sont des ordonnances de dernière volonté : elles ne sont valables qu'autant qu'elles sont la dernière volonté du testateur, qui est présumé avoir voulu lors de sa mort, ou du moins au dernier instant qu'il a été capable de volonté, ce qui est contenu dans son testament. Or, la loi ayant été publiée avant sa mort, on

ne peut plus dire qu'il ait persévéré dans la volonté de léguer des héritages à des communautés, ni qu'il a voulu, lors de sa mort, les leur léguer; car il ne pouvoit plus vouloir alors ce que la loi lui défendoit de vouloir; ou s'il le vouloit encore, sa volonté étant injuste et contraire à la loi, elle ne doit avoir aucun effet. Ces raisons, qui sont prises de la nature même des dernières volontés, pourroient paroître décisives pour la nullité du legs, si le contraire n'avoit été déjà jugé par deux arrêts, l'un desquels a été rendu en faveur de l'Hôtel-Dieu d'Orléans, pour le testament du sieur Barré, chanoine de Sainte-Croix.

Nous avons vu que ce en quoi le droit qu'ont les communautés d'acquérir consistoit, étoit moins étendu que celui des particuliers : le droit qu'elles ont d'aliéner est aussi moins étendu que celui des particuliers.

1° Les communautés ne peuvent aliéner leurs immeubles qu'en vertu du décret du juge, qui ne doit leur en accorder la permission qu'en grande connoissance de cause et pour des raisons très-puissantes, après une enquête *de commodo et incommodo*.

Le droit qu'ont les communautés à l'instar des particuliers de former des demandes en justice, a été aussi limité à l'égard de certaines communautés; car, par la déclaration du 2 octobre 1703, les communautés d'habitans des villes ne doivent point être reçues à intenter aucunes demandes en justice, que la délibération des habitans pour l'intenter n'ait été autorisée par une permission de l'intendant de la province.

ARTICLE II.

Quels sont les avantages des communautés sur les particuliers.

Si le droit des communautés est plus resserré en certaines choses que celui des particuliers, elles ont aussi sur eux des avantages en d'autres choses.

Les communautés jouissent de plusieurs droits accordés aux mineurs, suivant cette règle : *reipsa minorum jura habent*. En conséquence, les communautés peuvent être restituées par lettres de rescision pour cause de lésion considérable, contre des engagemens de conséquence qu'elles auroient contractés. Les procès qu'elles ont à soutenir, soit en demandant, soit en défendant, dans lesquels il s'agit de la propriété des biens immeubles à eux appartenans, doivent être communiqués aux

officiers chargés du ministère public, dans les juridictions où les procès se poursuivent, qui doivent donner leurs conclusions avant le jugement; faute de quoi les communautés sont censées n'avoir pas été suffisamment défendues, et ont la voie de la requête civile contre les condamnations prononcées contre elles par des arrêts ou jugemens en dernier ressort.

Les choses appartenantes aux communautés ne peuvent être acquises par un tiers-détenteur, quoiqu'avec titre et bonne foi, par la prescription de dix ans ou de vingt ans, ni même de trente: il n'y a que la prescription de quarante ans qui puisse leur être opposée, soit pour acquérir les choses qui leur appartenoient, soit pour se libérer des droits et actions qu'elles avoient. Les communautés ont encore d'autres prérogatives, que nous remarquerons en traitant des différentes matières du droit françois.

DEUXIÈME PARTIE.

Des choses.

Les choses sont corporelles ou incorporelles. Les choses corporelles sont celles qui s'aperçoivent par les sens et qui ont un être réel, comme une maison, une métairie, un cheval, une bibliothèque, et autres.

Les choses incorporelles sont celles *quæ in jure consistunt*, qui n'ont qu'un être intellectuel et ne s'aperçoivent que par l'entendement, comme une créance, un droit de succession.

On divise encore les choses en meubles et immeubles, en celles qui ont une situation et celles qui n'en ont point. Ces divisions étant très-importantes dans notre droit, nous en traiterons séparément.

§. I. De la division des choses corporelles en meubles et immeubles.

Il est très-important dans presque toutes les matières de notre droit françois de distinguer quelles choses sont meubles et quelles choses sont immeubles. La succession des meubles se règle différemment de celle des immeubles : les meubles que les conjoints ont eus par mariage et ceux qui leur aviennent par succession tombent dans la communauté conjugale; les immeubles n'y tombent pas. Les immeubles étant susceptibles de la qualité de propres, sont en cette qualité sujets au douaire, au retrait lignager, aux réserves coutumières; les meubles ne le sont point. Les immeubles sont susceptibles d'hypothèque, et ont suite par hypothèque; les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, et ne sont pas même, dans la plus grande partie des pays coutumiers, susceptibles d'hypothèque, si ce n'est du nantissement. Les saisies des meubles se font différemment de celles des immeubles.

Les meubles sont les choses qui se transportent d'un lieu à un autre. La grandeur du volume non plus que la grande valeur d'une chose n'empêchent pas qu'elle ne soit meuble : c'est pourquoi on ne doute pas que les navires ne soient meubles.

Les immeubles sont les fonds de terre, les maisons, et tout

ce qui en fait partie. Il faut bien distinguer ce qui sert à garnir une métairie ou une maison, et à son exploitation, et ce qui en fait partie. Les choses transportables de leur nature, qui sont mises dans une métairie ou maison pour servir à son exploitation, n'en font pas partie et sont des meubles : *Instrumentum fundi non est pars fundi.* Ainsi, par exemple, les bestiaux, chevaux, les meubles aratoires, les ustensiles de pressoir, sont meubles. Au contraire, les choses qui sont cohérentes à l'héritage, qui y sont pour perpétuelle demeure, qui servent à le compléter, font partie de l'héritage et suivent sa nature d'immeuble. C'est sur ce fondement que la coutume de Paris, article 90, décide que les moulins à eau et à vent et les pressoirs sont immeubles, quand ils ne peuvent être ôtés sans être dépecés ni désassemblés : quand ces moulins, pressoirs, et autres cohérens au sol ou à l'édifice et y étant édifiés, sont pour perpétuelle demeure, ils font partie du lieu où ils sont édifiés, et par conséquent suivent sa nature d'immeuble.

Ce que dit la coutume de Paris des moulins à eau doit s'entendre de ceux qui sont bâtis sur pilotis, et qui sont par ce moyen cohérens au sol. A l'égard de ceux qui sont assis sur bateaux il n'est pas douteux qu'ils ne soient meubles, suivant ce que décide la coutume d'Orléans, qui sert à cet égard d'interprétation à celle de Paris ; car les bateaux sur lesquels ils sont assis étant eux-mêmes meubles, il s'ensuit qu'ils le doivent être aussi.

Vice versâ, l'article 363 de la coutume d'Orléans, qui déclare expressément les pressoirs être immeubles, reçoit une limitation par ce qui est ajouté par celle de Paris, quand ils ne peuvent être ôtés sans être dépecés ni désassemblés, suivant laquelle on doit décider que notre coutume ne doit être entendue que des grands pressoirs, tels que ceux à grand arbre ou à roue, et non pas de certains petits pressoirs à auge, qui, pouvant se transporter sans dépecer ni désassembler, doivent passer pour meubles. Les échalas auxquels les vignes sont attachés font partie de l'héritage ; car, quoiqu'ils soient peu cohérens à l'héritage, n'étant que légèrement plantés en terre et en étant séparés tous les hivers, néanmoins, comme ils sont dans l'héritage pour perpétuelle demeure, ils semblent ne faire qu'un corps avec la vigne : lorsqu'elle y est attachée ils servent à la compléter ; car il manqueroit quelque chose à une vigne, en tant que vigne, si elle n'étoit pas échalassée, c'est-à-dire garnie

de ses échalas. C'est pourquoi les échalas sont censés faire partie de l'héritage et en suivre la nature.

Ils conservent cette nature d'immeuble même pendant l'hiver qu'ils en sont séparés; car cette séparation, qui n'est que momentanée, ne doit point changer leur nature, et leur destination la doit conserver.

Au reste, ces échalas n'acquièrent la qualité d'immeubles et de partie de l'héritage que par leur union à la vigne. C'est pourquoi des échalas nouvellement amenés dans une maison de vigne, et qui n'ont point encore servi à la vigne, sont meubles. (L. 11, ff. *de act.*)

Les pailles et fumiers d'une métairie sont aussi censés en faire partie, comme y étant pour perpétuelle demeure et ne pouvant être divertis par les fermiers. Par la même raison de la perpétuelle demeure, les arrêts ont décidé que l'artillerie d'un château faisoit partie de l'héritage, ainsi que les ornemens d'une chapelle, vases sacrés, missels et autres choses servant au service divin. On a demandé si les poissons, pigeons, lapins qui sont dans un héritage sont meubles, ou s'ils font partie de l'héritage. La règle sur cette question est que tant que les animaux sont laissés *in naturali laxitate*, ils sont censés faire partie de l'héritage; mais lorsqu'ils cessent d'être *in naturali laxitate*, et qu'ils sont *sub nostra custodia*, ils sont meubles.

Suivant ce principe, la coutume de Paris, art. 91, et celle d'Orléans, art. 355, décident que le poisson étant en étang est immeuble, et que celui qui est en réservoir est meuble.

Suivant ce même principe, la coutume d'Orléans, art. 74, décide que le poisson d'un étang devient meuble lorsque la bonde est levée; car, se trouvant à sec, il n'est plus *in naturali laxitate*, mais il est *sub nostra custodia*.

Par la même règle, on doit décider que les pigeons d'un colombier, qui vont et reviennent, font partie de l'héritage : au contraire, ceux qui sont enfermés dans un clapier sont meubles; car ceux-ci sont *sub nostra custodia;* les autres sont *in naturali laxitate*.

Par la même raison, les lapins d'une garenne font partie de l'héritage; ceux qui sont enfermés dans un clapier sont meubles.

La raison sur laquelle est fondé notre principe, est tirée de ce qui est établi aux Instituts, au titre *de rerum divisione*, que les animaux *feræ naturæ non possidentur per se*, ne sont

in bonis nostris qu'autant qu'ils sont *sub nostra custodia*, et non pas lorsqu'ils sont *in naturali laxitate*. Si donc je ne possède point proprement ; si je n'ai point proprement *in bonis* les poissons, les pigeons, les lapins, tant que je les laisse *in naturali laxitate*, et que, dans tous les cas, j'aie seulement *in bonis* un étang empoissonné, un colombier peuplé de pigeons, une garenne remplie de lapins, ces animaux ne peuvent point passer pour biens meubles, mais comme faisant partie de l'étang, du colombier, de la garenne où ils sont, puisque je n'en ai pas un domaine ni une possession distinguée du domaine ou de la possession de l'étang, du colombier, ou de la garenne.

Les fruits qui ne sont point encore séparés de la terre, font partie de l'héritage ; mais aussitôt qu'ils en sont séparés, ils deviennent des choses séparées de l héritage, et sont meubles.

Cette décision est prise des lois romaines : *Fructus pendentes pars soli videntur*. L. 44, ff. *de rei vindicat*. Au contraire, *Fructus perceptos villæ non esse constat*. L. 17, §. 1o, ff. *de action. empt.*

La coutume de Paris, art. 92, a une pareille disposition, et elle explique fort bien que les fruits sont censés perçus, et par conséquent meubles, aussitôt qu'ils sont coupés et séparés de la terre, quoiqu'ils ne soient pas encore transportés, et qu'ils soient sur le champ. La coutume d'Orléans a suivi cette disposition : elle décide, art. 354, que tous les fruits pendans par les racines sont héritages.

Elle fait pourtant une exception de cette règle à l'égard des bois de la forêt d'Orléans, sujets au droit de gruerie, qu'elle répute meubles aussitôt que la coupe en a été adjugée aux siéges des forêts, quoiqu'ils n'aient point encore été abattus (art. 75).

Plusieurs coutumes se sont écartées de la disposition du droit sur les fruits ; elles sont différentes entre elles. Quelques-unes réputent pour meubles les fruits, tant naturels qu'industriels, quoique encore pendans par les racines, aussitôt qu'ils sont parvenus à un certain point de maturité qu'elles règlent différemment. Par exemple, il y en a qui réputent meubles les foins à la mi-mai, les blés à la Saint-Jean, les raisins au mois de septembre. D'autres coutumes distinguent entre les fruits naturels et industriels, c'est-à-dire ceux qui viennent à force de culture. Les fruits naturels sont ceux qui sont produits sans aucune culture, tels que sont les foins, les bois, les pommes :

elles ne réputent meubles ceux-ci que lorsqu'ils sont coupés, mais elles réputent meubles les industriels aussitôt qu'ils sont parvenus à un certain temps de maturité.

Dans les coutumes qui n'ont aucune disposition à ce sujet, on doit suivre celle du droit romain comme la plus raisonnable.

A l'égard des maisons, la coutume de Paris, art. 90, et Orléans, art. 356, donnent cette règle, pour distinguer ce qui en fait partie d'avec ce qui n'en fait pas partie et qui est meuble. Elles disent qu'*ustensiles d'hôtel qui se peuvent transporter sans fraction et détérioration, sont meubles; mais s'ils tiennent à fer et à clou, ou sont scellés en plâtre ou en chaux, ou sont mis pour perpétuelle demeure, et ne peuvent être transportés sans fraction et détérioration, ils sont censés et réputés immeubles.*

Cette règle ne donne pas des idées assez claires : il faut plutôt dire que ce qui est dans une maison pour perpétuelle demeure et qui sert à la compléter, *ad integrandam domum*, est censé faire partie de la maison. Au contraire, ce qui n'est pas mis pour perpétuelle demeure, et qui sert à meubler et garnir la maison plutôt qu'à la compléter, est meuble.

Par exemple, s'il est question de savoir si une glace qui est encadrée dans la cheminée fait partie de maison ou non, il faut distinguer. Si la place à laquelle elle est appliquée est revêtue d'une menuiserie, ou d'un enduit de plâtre de la même parure que le reste de la cheminée, il faudra décider que la glace est meuble; car elle n'est mise que pour un plus grand ornement, *ad instruendam domum*, et non pas *ad integrandam*, puisqu'en ôtant cette glace la cheminée est complète en toutes ses parties, et n'exige rien davantage. Au contraire, si la place de la cheminée à laquelle est appliquée la glace est brute, ou que, pour la conservation de la glace, elle soit couverte de quelques planches de différente parure du reste de la cheminée, on doit en ce cas décider que la glace fait partie de la maison, car elle est mise *ad integrandam domum*; elle sert à compléter la cheminée, qui sans cela ne seroit point *numeris omnibus absolutus*, et exigeroit quelque chose.

On doit faire la même distinction à l'égard des tableaux qui sont encadrés dans des boiseries.

Tout ce qui tient à fer et à clou n'est donc pas réputé pour cela faire partie de la maison.

Au contraire, *vice versâ*, il y a des choses qui, sans être

attachées à la maison, en font néanmoins partie, parce qu'elles y sont pour perpétuelle demeure et servent à compléter la maison, *ad integrandam domum.*

De ce nombre sont les clefs d'une maison : les clefs sont pour perpétuelle demeure; les clefs servent *ad integrandam domum;* car une maison n'est pas complète s'il lui manque quelque chose, par conséquent s'il lui manque des clefs.

On doit donc dire la même chose des planches qui servent à la fermeture d'une boutique : quoique elles ne soient point attachées à la maison, elles en font partie; car il est évident qu'il manqueroit quelque chose à la maison si elle n'avoit pas cette fermeture. Ces planches servent donc *ad integrandam domum;* elles sont d'ailleurs destinées à une perpétuelle demeure dans la maison, et par conséquent elles en font partie.

On peut voir dans un plus grand détail, dans mon titre *de actionibus empti*, ce qui fait ou ne fait pas partie d'un héritage ou d'une maison.

Il me reste seulement à observer que, n'y ayant que les choses qui sont pour perpétuelle demeure, qui soient réputées faire partie d'un héritage ou d'une maison, il s'ensuit que tout ce qui y a été placé par un locataire ou par un usufruitier n'en fait point partie : car, comme personne n'est présumé donner, l'usufruitier ou locataire n'est censé avoir placé ces choses que pour en jouir pendant que le temps de son bail on son usufruit durera, et non pas pour les y laisser à perpétuelle demeure. Elles ne peuvent donc pas être censées faire partie de l'héritage ou de la maison, quoique ce fût des choses qui seroient censées en faire partie si elles y avoient été placées par le propriétaire. Par exemple, les parquets d'un appartement, les chambranles d'une cheminée, des grilles de fer, des statues posées sur des piédestaux dans des jardins, et mille autres choses semblables, qui seroient réputées faire partie de l'héritage ou de la maison si elles avoient été placées par les propriétaires, seront réputées meubles si elles ont été placées par un usufruitier, à plus forte raison si c'est un locataire.

Observez encore que toutes les choses qui font partie d'une maison, d'un édifice, sont censées en faire partie et conservent leur nature d'immeubles même pendant le temps qu'elles en sont séparées, lorsque cette séparation n'est que momentanée et que ces choses n'en sont séparées que pour y être replacées. Par exemple, si, voulant élever mon bâtiment, je fais désassem-

bler la couverture, les tuiles, les ardoises qui auront été séparées de mon bâtiment pour y être replacées, ces choses ne laisseront pas, même pendant ce temps, de conserver leur nature d'immeuble.

Il en seroit autrement de nouveaux matériaux qui n'y auroient point encore été employés. Ces matériaux, quoique amenés sur le bien, quoique taillés, conservent leur nature de meubles jusqu'à ce qu'ils aient été employés et posés dans les bâtimens.

Dans les bâtimens construits et destinés pour certaines manufactures, tels que sont les raffineries, les cuves et les chaudières qui sont enfoncées en terre, scellées et encastrées, me paroissent devoir faire partie du bâtiment; car elles y sont mises pour perpétuelle demeure et elles servent à le compléter, en tant que bâtiment de raffinerie. On peut tirer en argument la loi ff. *de act. empti*, qui décide que *dolia in terram defossa sunt pars fundi*.

Il faut dire le contraire des formes qui servent à mettre les pains de sucre; car ces choses, qui sont amovibles et transportables, servent *ad instruendam, non ad integrandam officinam*; *sunt instrumenti loco;* par conséquent sont meubles.

Les métiers des passementiers ont été jugés meubles, aussi bien que les presses d'imprimerie. Cela a été jugé pour celle du célèbre Robert Etienne.

§. II. De la division des choses incorporelles en meubles et immeubles.

Les choses incorporelles n'étant point des êtres réels, mais des êtres intellectuels, *quæ in jure consistunt*, *quæ solo intellectu percipiuntur*, ne sont point proprement par elles-mêmes susceptibles de la qualité de meubles, ni de celles d'immeubles. Néanmoins, comme, selon notre droit françois, toutes les choses que nous avons *in bonis* sont distribuées en deux classes, de meubles ou d'immeubles, les choses incorporelles, ainsi que les autres, doivent être assignées à l'une ou à l'autre de ces classes.

Les choses incorporelles sont, ou des droits réels, *jus in jure*, ou des créances, *jura ad rem*. Les droits réels que nous avons sur les héritages, tels que les droits de fief, de censive, de champart, de rente foncière, les droits de justice, les droits d'usufruit, d'usage, doivent sans doute appartenir à la classe des immeubles; car ces droits ne sont autre chose que l'héri-

tage même sur lequel nous les avons à prendre, considérés comme nous appartenant à certains égards.

A l'égard des créances, *jus ad rem*, elles tirent leur nature d'immeubles ou de meubles de la chose qui fait leur objet. Si la créance est d'une somme d'argent, ou de quelque autre chose mobilière, cette créance est mobilière. Au contraire, la créance de quelque héritage qui nous est dû, et que nous avons droit de demander, est une créance immobilière, c'est ce qui est exprimé par cette règle: *Actio ad mobile est mobilis, actio ad immobile est immobilis.*

Par exemple, lorsqu'une maison a été vendue 10,000 liv., la créance du vendeur, qui résulte de ce contrat, l'action qu'il a pour se faire payer du prix y porté, est une action mobilière, une créance mobilière, puisqu'elle a pour objet une somme de deniers. Au contraire, la créance de l'acheteur, l'action de l'acheteur, pour se faire livrer la maison qui lui a été vendue, est une action immobilière, puisqu'elle a pour objet une maison, qui est un immeuble.

Lorsque le vendeur qui a vendu la chose d'autrui déclare ne pouvoir accomplir son engagement, l'action immobilière que l'acheteur avoit pour se faire livrer, ou se faire conserver dans la possession de l'héritage vendu, se convertit en une action de dommages et intérêts résultans de l'inexécution de l'engagement du vendeur. Cette action en dommages et intérêts est mobilière, ces dommages et intérêts consistant en la somme d'argent en laquelle ils seront estimés, laquelle somme est quelque chose de mobilier.

Lorsque quelqu'un a acheté des bois sur pied, pour les couper, ou des fruits pendans par les racines, la créance qui résulte de ce contrat est une créance mobilière; car elle tend à faire avoir à l'acheteur, à lui faire acquérir ces bois et ces fruits après qu'il les aura coupés; lesquels ne peuvent lui être acquis plus tôt, puisqu'il n'a pas acheté les fonds dont ils font partie; et par conséquent sa créance tend à lui faire acquérir quelque chose de mobilier; car ces bois, ces fruits, deviennent meubles par la coupe qui en est faite. C'est donc une action *ad mobile*, par conséquent une action mobilière.

Par la même raison, le droit qu'acquiert un fermier par le bail qui lui est fait d'une métairie, est un droit mobilier; car ce droit du fermier n'a pour objet que d'acquérir les fruits qui naîtront dans les terres de cette métairie, quand il les aura

perçus, c'est-à-dire lorsqu'ils seront coupés, et par conséquent meubles. Ce droit est donc *actio ad mobile*, et par conséquent un droit mobilier. Ce droit d'un fermier ne doit pas être confondu avec celui d'un usufruitier. Le droit de celui-ci est un droit dans l'héritage, *jus in re;* c'est l'héritage même, comme appartenant, à certains égards, à l'usufruitier, non quant au droit d'en disposer, en quoi consiste le droit de propriété, mais quant au droit d'en jouir, d'en percevoir les fruits pendant sa vie. Au contraire, le droit d'un fermier n'est ni un droit dans l'héritage, ni même un droit à l'héritage; c'est une simple créance personnelle que le fermier a contre son bailleur; et cette créance n'a pas pour objet l'héritage même, mais les fruits de cet héritage, que le bailleur est obligé de laisser percevoir au fermier.

Toutes les créances d'un fait doivent être placées dans les classes des actions mobilières, soit qu'elles consistent dans l'obligation qu'a contractée envers nous le débiteur, de faire ou de ne pas faire quelque chose, *quâ nostra intersit fieri aut non fieri ;* car ces créances n'ont pour objet aucun immeuble.

Les créances de fait ne consistent que dans le *quanti nostra interest fieri aut non fieri ;* lequel *quanti interest* ne consiste que dans une somme de deniers, ce qui est quelque chose de mobilier. Ces créances ont donc un objet mobilier, et par conséquent doivent être rangées dans la classe des actions mobilières.

La créance d'un locataire, qui résulte du bail qui lui a été fait d'une maison, est une créance mobilière; car cette créance n'a pas pour objet la maison, qui est un immeuble. Ce locataire, bien différent d'un usufruitier, n'a, en vertu de son bail, aucun droit dans la maison, ni à la maison : il est créancier d'un fait, et non pas de la maison; en quoi il diffère de l'acheteur de la maison, *ut sibi in domo habitare liceat.* Il est créancier de ce *quanti interest in ea domo habitare*, par conséquent son droit de créance est de la classe des droits et actions mobilières.

La créance qui résulte à mon profit du marché que j'ai fait avec un architecte pour me bâtir une maison, étant la créance d'un fait, en suivant nos principes, est une créance mobilière : d'où il suit que, quoique le terrain sur lequel cet architecte s'est obligé de construire cette maison fût un propre de ligne auquel succède mon héritier aux propres de cette ligne, néanmoins le droit que j'ai, résultant de ce marché contre l'archi-

tecte, passera à mon héritier au mobilier. Il arrivera de là que, ni mon héritier au mobilier ne pourra agir contre l'architecte, pour qu'il bâtisse la maison, parce qu'il n'y a aucun intérêt, n'ayant point succédé au terrain; ni mon héritier aux propres, puisqu'il ne succède pas à l'action qui résulte du marché, cette action étant mobilière : mais si l'architecte avoit reçu de l'argent d'avance, comme il ne l'a reçu qu'à la charge de bâtir ce bâtiment, mon héritier mobilier a une action contre lui pour la répétition de cet argent; car j'avois deux actions à mon choix contre l'architecte, au cas qu'il n'exécutât pas son marché, toutes les deux mobilières, et de nature à passer à mon héritier au mobilier : l'une, qui est l'action *locati*, à ce qu'il fût tenu de construire l'édifice *quod ædificandum conduxerat*, laquelle ne peut être intentée par mon héritier au mobilier, comme n'ayant aucun intérêt à cette construction; l'autre, qu'on appelle *condictionem ob rem datam re non secutâ*, pour la répétition de l'argent par lui reçu, laquelle peut être exercée par mon héritier au mobilier; et l'architecte ne pourra éviter la condamnation qu'en construisant le bâtiment, suivant son obligation.

Pareillement, quoique, ni mon héritier au mobilier ni mon héritier aux propres ne puissent, pour les raisons ci-dessus dites, agir directement, *actione locati*, contre l'architecte pour l'exécution du marché, ils peuvent l'un et l'autre opposer cette inexécution par exception, si l'architecte, *actione conducti*, demandoit à l'un ou à l'autre le paiement du prix porté par le marché; parce que ce prix ne lui est dû que pour la construction de la maison qu'il s'est obligé de construire. Que s'il étoit porté par le marché qu'il seroit payé d'avance, les héritiers ne peuvent à la vérité refuser le paiement, quoique le marché ne soit pas encore exécuté de la part de l'architecte; mais on peut dire que l'architecte, en demandant et en recevant ce prix de l'héritier aux propres, pour la part dont l'héritier aux propres en est tenu, renouvelle envers lui tacitement l'obligation qu'il avoit contractée envers le défunt de construire la maison, et que dès lors l'héritier aux propres peut directement agir contre lui pour qu'il soit obligé de la construire.

Lorsque, par un contrat de mariage, l'un des deux conjoints s'oblige d'apporter en communauté ses héritages, jusqu'à la concurrence d'une certaine somme, l'objet de cet engage-

ment étant des héritages, le droit qu'a l'autre conjoint de demander l'exécution de cet engagement, *est actio ad immobile*, et par conséquent une action immobilière.

Que si le conjoint s'étoit obligé d'apporter une certaine somme à prendre sur ses héritages, l'engagement auroit pour objet principal une somme de deniers, et par conséquent quelque chose de mobilier. L'action qui en résulte est donc une action mobilière : en effet, dans cette espèce, quoique la somme dont l'apport est promis soit à prendre en héritages, quoique le conjoint satisfasse à cet apport, en mettant des héritages en communauté; néanmoins c'est la somme de deniers qui est l'objet principal de l'engagement; ces héritages sont *magis in facultate solutionis*, *quàm in obligatione.* C'est la somme de deniers qui est due, et qui est par conséquent seule considérée pour régler la nature de l'engagement.

Les créances de sommes de deniers ou autres choses mobilières doivent-elles être rangées dans la classe des meubles, quoique elles soient hypothécaires? La raison de douter est que l'hypothèque que le créancier a sur les héritages de son débiteur, est un droit réel, *jus in re.* Or il a été établi ci-dessus que les droits réels sur les héritages étoient des droits immobiliers : néanmoins il faut décider au contraire que les créances de sommes de deniers, quoique hypothécaires, sont mobilières. L'hypothèque, il est vrai, est un droit réel sur des héritages; mais c'est un droit qui ne peut subsister par lui-même, et qui est, par sa nature, accessoire d'une créance. La créance est, par rapport à l'hypothèque, la chose principale ; l'hypothèque en est l'accessoire. La créance ne doit donc pas recevoir, emprunter une nature de chose immobilière de la nature de l'hypothèque, qui n'est que son accessoire : car il est absurde que la chose principale suive la nature de l'accessoire ; c'est au contraire l'accessoire qui doit suivre la nature de la chose principale : *Accessorium sequitur naturam rei principalis.*

On a autrefois fort agité la question de savoir si les rentes constituées étoient meubles ou immeubles. Les coutumes se sont partagées sur cette question : quelques coutumes les réputent meubles. Les coutumes de Paris et d'Orléans les réputent immeubles : c'est le droit commun. Les raisons pour les réputer meubles sont que le droit du créancier d'une rente constituée se termine à recevoir par chaque année une somme d'argent, et

par conséquent quelque chose de mobilier; d'où on conclut que la rente constituée est une chose mobilière, suivant notre principe : *Actio ad mobile est mobilis.* Les raisons pour décider au contraire que la rente constituée est immeuble, sont que la rente est un être intellectuel, distinct et séparé des arrérages qu'elle produit. La vérité de ce principe se prouve de ce que cet être ne reçoit aucune diminution en sa substance, par la perception que fait le créancier des arrérages qui en sont produits : car un créancier qui pendant plusieurs siècles a perçu les arrérages d'un principal de rente, possède après cette perception son principal de rente aussi entier qu'il l'étoit lors de la constitution de cette rente. Etant donc un être distinct et séparé des arrérages qu'elle produit, quoique ces arrérages, à mesure qu'ils échoient, soient une créance mobilière, on n'en doit pas conclure que la rente soit elle-même une chose mobilière. Elle a bien plus de ressemblance aux immeubles qu'aux meubles, puisque, de même que les vrais immeubles, c'est-à-dire les héritages, produisent tous les ans des fruits sans diminution de leur intégrité et de leur substance, de même la rente constituée en produit à toujours; et les fruits sont les arrérages. Les raisons tirées de cette ressemblance des rentes avec les immeubles, jointes à une autre tirée de ce que les rentes constituées composent aujourd'hui la plus grande partie du patrimoine, souvent tout le patrimoine d'un très-grand nombre de familles, ont déterminé à les réputer immeubles.

Les rentes viagères doivent-elles être aussi réputées immeubles? La question souffre grande difficulté et n'est point encore décidée. Les raisons sur lesquelles nous nous sommes fondés pour décider que les rentes perpétuelles étoient immeubles ne se rencontrent pas tout-à-fait ici : il semble que ces rentes ne sont que la créance d'une chose indéterminée à la vérité, mais qui se déterminera par le temps que durera la vie du créancier, ou de celui sur la tête de qui elle a été créée; laquelle créance est payable par plusieurs portions, et ces portions sont les arrérages qui s'en paient tous les ans. Ces arrérages sont tellement la portion de la somme qui fait l'objet et la matière de la rente viagère, que la rente viagère diminue, et s'éteint en partie, à mesure que les arrérages s'en perçoivent, jusqu'à ce qu'elle se consomme et s'éteigne totalement par la perception de la dernière année. Il semble donc qu'on ne peut pas dire de ces rentes ce que nous disons des rentes perpé-

tuelles, qu'elles ont un être distinctif et séparé des arrérages qu'elles produisent, auquel on puisse donner la nature d'immeubles. Nonobstant ces raisons, qui paroissent décisives, plusieurs réputent les rentes viagères immeubles; ils les regardent comme ayant un être distinct et séparé des arrérages qu'elles produisent; être qui, à l'instar des immeubles, produit des fruits qui sont des arrérages, et lequel ne diffère de celui qui est considéré dans les rentes perpétuelles, que par la durée; l'être des rentes perpétuelles étant un être dont la durée est perpétuelle, celui des rentes viagères étant un être dont la durée a éte bornée à un certain temps.

Les coutumes étant différentes sur la qualité de meuble ou d'immeuble que doivent avoir les rentes, quelle coutume en doit décider?

C'est la coutume du domicile du créancier : une rente constituée est un droit personnel qui naît de l'engagement que le débiteur a contracté envers la personne du créancier. Or nous avons établi ailleurs que c'étoit la loi du domicile des personnes qui régloit les droits des personnes : c'est donc cette loi qui doit régler la nature de la rente constituée.

Mais pourquoi est-ce plutôt la loi du domicile du créancier que celle du domicile du débiteur?

La raison en est que les choses que nous avons *in bonis* étant distribuées en deux classes, de meubles et d'immeubles, lorsqu'on demande à laquelle de ces deux classes la rente constituée appartient, c'est de la rente, en tant qu'elle est *in bonis nostris*, dont il est question, et, partant, de la rente en tant qu'elle est considérée du côté du créancier. Or c'est la loi du domicile du créancier qui doit régler les droits résidans en la personne du créancier : c'est donc cette loi qui doit régler la nature des rentes constituées.

La créance d'une somme exigible, qui produit intérêt jusqu'au paiement, telle qu'est la créance du prix d'un héritage, est-elle mobilière ou immobilière? Elle est mobilière, car elle a pour objet une somme de deniers, qui est quelque chose de mobilier. Cette créance, en cela, est très-différente d'une rente constituée; car la rente constituée est la créance d'un revenu annuel et perpétuel, et non d'aucune somme principale; le créancier de la rente n'étant point créancier de la somme pour laquelle elle a été constituée, et pour laquelle elle peut être rachetée, puisqu'il n'a point de droit de l'exiger.

Quid, si une rente constituée étoit devenue exigible, *putà*, faute par le débiteur d'avoir fait l'emploi qu'il s'étoit obligé de faire du prix qu'il avoit reçu pour la constitution de cette rente, la rente seroit-elle, en ce cas, mobilière? Non, car ce n'est qu'*ex accidenti*, et non pas par la nature de cette rente, que le principal s'en trouve exigible. L'action qu'a le créancier pour se faire rembourser ne naît pas de la nature de la rente, mais d'un engagement du débiteur, qui ne lui est qu'accessoire. La rente n'est donc pas pour cela, *in se*, la créance d'une somme exigible, mais seulement la créance d'une rente annuelle et perpétuelle; et par conséquent, la nature étant la même, le droit qu'a le créancier *extrinsecùs*, d'en exiger le remboursement, ne doit point changer la qualité de la rente.

Pour qu'une rente constituée soit réputée immeuble, il est indifférent qu'elle soit constituée par un billet sous signature privée, ou par un acte par-devant notaire. Cet acte par-devant notaire ne sert qu'à donner au créancier de la rente une hypothèque sur les biens du débiteur de la rente; mais la rente ne tire point la qualité d'immeuble de cette hypothèque, mais de sa nature propre, qui est indépendante de cette hypothèque.

Les offices forment une espèce de biens qui est dans le commerce: il a été autrefois incertain sous quelle classe on les rangeroit, ou sous celle des meubles, ou sous celle des immeubles.

Un office est le droit d'exercer une fonction publique: il y en a de trois sortes: les domaniaux, les vénaux ou héréditaires, et les purs personnels.

Les domaniaux sont des droits du domaine auxquels est attachée une fonction publique, comme le droit de greffe; lesquels droits sont dans le commerce, ayant été engagés pour une finance payée au roi, à la charge par l'engagiste et ses successeurs de remplir ou faire remplir la fonction publique qui y est attachée, *putà*, fonction de greffier.

Les offices vénaux sont des offices de judicature et de finance. Ils sont censés dans le commerce; ils sont aliénables, transmissibles aux héritiers de celui à qui ils appartiennent, pourvu que le propriétaire ait payé un droit de paulette, ainsi appelé du nom d'un partisan nommé *Paulet*, qui en a été l'inventeur.

Il y en a qui ont été exemptés de ce droit.

Il faut distinguer dans ces offices le droit d'exercer la fonc-

tion publique de l'office, d'avec la finance attachée à l'office. Ce n'est point ce droit d'exercer la fonction publique qui est dans le commerce, c'est la finance attachée à l'office. Cette finance donne à celui qui a payé, lors de la création de l'office, et à ses successeurs, jusqu'à ce qu'il plaise au roi de la rembourser, le droit de présenter au roi un sujet capable pour remplir l'office : il peut présenter soi-même, s'il est capable, ou un autre. Le roi n'est point obligé d'agréer le sujet, ni de rendre des raisons de son refus : mais, lorsqu'il n'a aucune raison de le refuser, il lui accorde des provisions, sous la condition qu'il sera jugé capable par la cour ou juridiction à qui les provisions sont adressées. Ce pourvu est ensuite reçu dans son office, après qu'il a été informé de ses vie, mœurs et religion, et qu'il a été examiné et jugé capable; et c'est de cette réception et de ces provisions qu'il acquiert le caractère d'officier et le droit d'exercer la fonction publique attachée à son office. Le droit d'exercer la fonction publique, avec tous les honneurs et les prérogatives qui en dépendent, réside toujours dans la personne : mais la finance attachée à l'office ne lui appartient pas toujours; car celui à qui elle appartient ne se fait pas toujours recevoir dans l'office, et y fait quelquefois recevoir un autre, par exemple, lorsque le propriétaire à qui on veut conserver l'office n'est pas en âge d'être pourvu.

La troisième espèce d'office est celle des offices purs personnels, à laquelle il n'y a aucune finance attachée, et qui sont en la pleine disposition du roi. Tels sont les gouvernemens, les emplois militaires, les offices de la maison du roi, les chaires des professeurs royaux, les offices de chancelier, de premier président de parlement.

Ces offices n'étant point dans le commerce, ce n'est point sur cette espèce d'offices que peut tomber la question si les offices sont meubles ou immeubles; car, n'étant point *in bonis*, ils ne peuvent appartenir ni à l'une ni à l'autre classe. La question ne tombe donc que sur les deux précédens. Il sembleroit que les offices, surtout ceux de la seconde espèce, ne consistant que dans la finance qui y est attachée, qui est quelque chose de mobilier, ils devroient être réputés meubles. Néanmoins les offices ayant fait une partie considérable de la fortune des particuliers, la jurisprudence s'est introduite de les réputer immeubles : elle ne s'est introduite que par degrés, les offices n'ayant été réputés immeubles d'abord que quant

à certains effets, ensuite quant à d'autres. Aujourd'hui ils ne diffèrent plus des autres immeubles.

§. III. Des choses qui ont une situation, et de celles qui n'en ont pas.

Il y a des choses qui ont une situation dans un certain lieu, et ces choses sont régies par la coutume des lieux de cette situation.

Il y en a d'autres qui n'ont aucune situation, et ces choses suivent les personnes à qui elles appartiennent, et sont par conséquent régies par la loi du domicile de cette personne.

La situation des immeubles corporels, tels que sont les fonds de terre et les maisons, ne peut avoir aucune ambiguité.

Les meubles, étant, par leur nature, transportables d'un lieu à un autre, n'ont de situation en aucun lieu, quand même ils y auroient toujours été, et par conséquent ne sont régis que par la loi du domicile de la personne à qui ils appartiennent.

A l'égard des choses incorporelles, les droits réels que nous avons dans des héritages, *jura in re*, comme un droit de rente foncière, de champart, d'usufruit, ces droits n'étant autre chose que l'héritage même, considéré comme nous appartenant à certains égards, ainsi que nous l'avons déjà observé au paragraphe précédent, il s'ensuit que ces droits ont la même situation que l'héritage sur lequel ils sont à prendre; et ils doivent par conséquent être régis selon la coutume du lieu où ces héritages sont situés.

A l'égard des droits *ad rem*, c'est-à-dire des créances, lorsque la créance a pour objet quelque héritage, elle doit être censée avoir la même situation que cet héritage auquel elle se termine et dans lequel elle se résout et se convertit, lorsque le débiteur exécute son engagement.

Cela est vrai lorsque la créance est d'un héritage déterminé. La créance indéterminée d'héritages n'a aucune situation, ce qui est indéterminé n'en pouvant avoir.

Les rentes constituées et les rentes viagères n'ont aucune situation, et suivent par conséquent la personne du créancier.

Cela a lieu quand même ces rentes seroient à prendre, par spécial assignat, sur un certain héritage; car cet assignat n'est qu'un accessoire de la rente, laquelle, en soi, ne consiste que dans le droit personnel du créancier, qui résulte de l'obligation que le débiteur a contractée envers lui. La juris-

prudence a néanmoins apporté une exception à cette règle, à l'égard des rentes créées sur le roi, le clergé, les états des provinces, et les villes : elle a donné à ces rentes une situation au lieu où est établi le bureau public du paiement des arrérages desdites rentes.

Les offices sont censés avoir pour situation le lieu de leur exercice.

FIN DU TREIZIÈME VOLUME.

9

